



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

**La relación entre el régimen de protección de
inversiones extranjeras en los tratados suscritos por el
Perú con los derechos humanos**

TESIS

Para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con
mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos

AUTOR

Edison Ciro CARHUATANTA CALLA

ASESOR

Dr. José Félix PALOMINO MANCHEGO

Lima, Perú

2022



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

Carhuatanta, E. (2022). *La relación entre el régimen de protección de inversiones extranjeras en los tratados suscritos por el Perú con los derechos humanos*. [Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.

Metadatos complementarios

Datos de autor	
Nombres y apellidos	Edison Ciro Carhuatanta Calla
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	10691513
URL de ORCID	“-“
Datos de asesor	
Nombres y apellidos	José Félix Palomino Manchego
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	06756703
URL de ORCID	0000-0003-1082-193X
Datos del jurado	
Presidente del jurado	
Nombres y apellidos	Raúl Roosevelt Chanamé Orbe
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	06125866
Miembro del jurado 1	
Nombres y apellidos	Jaime Víctor Zelada Bartra
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	08654115
Miembro del jurado 2	
Nombres y apellidos	Dante Martín Paiva Goyburu
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	42746555
Miembro del jurado 3	
Nombres y apellidos	Edgardo Gonzalo Rodríguez Gómez
Tipo de documento	DNI

Número de documento de identidad	29617517
Datos de investigación	
Línea de investigación	E.1.2.7. Derechos Humanos
Grupo de investigación	No aplica
Agencia de financiamiento	Sin financiamiento
Ubicación geográfica de la investigación	Universidad Nacional Mayor de San Marcos País: Perú Departamento: Lima Provincia: Lima Distrito: Cercado de Lima Calle: Av. Carlos Germán Amezaga N° 375 Latitud: -12.056423 Longitud: -77.084333
Año o rango de años en que se realizó la investigación	2018 - 2022
URL de disciplinas OCDE	Derecho: http://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.01



UNIVERSIDAD NACIONAL MAYOR DE SAN MARCOS
(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
UNIDAD DE POST GRADO

ACTA DE EXAMEN DE GRADO DE MAGISTER EN DERECHO

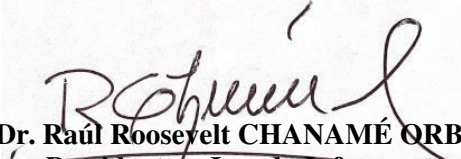
En la ciudad de Lima, a los doce días del mes de diciembre del año dos mil veintidós, siendo las dieciséis horas, bajo la Presidencia del Dr. Raúl Roosevelt Chanamé Orbe, con la asistencia de los Profesores: Dr. José Félix Palomino Manchego, Dr. Jaime Víctor Zelada Bartra, Dr. Dante Martín Paiva Goyburu, Dr. Edgardo Gonzalo Rodríguez Gómez y al postulante al Grado Académico de Magister en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos, don **Edison Ciro CARHUATANTA CALLA**, procedió a hacer la exposición y defensa pública virtual de su tesis titulada: **“LA RELACIÓN ENTRE EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES EXTRANJERAS EN LOS TRATADOS SUSCRITOS POR EL PERÚ CON LOS DERECHOS HUMANOS”**.

Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:

Aprobado con calificación de muy bueno con la nota de diecisiete (17)

A continuación, el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Magister en Derecho con mención en Derecho Constitucional y Derechos Humanos a don **Edison Ciro CARHUATANTA CALLA**.

Se extiende la presente Acta en dos originales y siendo las diecisiete treinta minutos horas, se dio por concluido el acto académico de sustentación virtual.




Dr. Raúl Roosevelt CHANAMÉ ORBE
Presidente y Jurado Informante
Profesor Principal



Dr. José Félix PALOMINO MANCHEGO
Asesor
Profesor Principal



Dr. Jaime Víctor ZELADA BARTRA
Jurado Informante
Profesor Asociado



Dr. Dante Martín PAIVA GOYBURU
Miembro
Profesor Auxiliar



Dr. Edgardo Gonzalo RODRÍGUEZ GÓMEZ
Miembro
Profesor Contratado

INFORME DE EVALUACIÓN DE ORIGINALIDAD N° 067-2023-UPGD

1. **FACULTAD:** FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA.
2. UNIDAD DE POSGRADO.
3. **DIRECTOR DE LA UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA**
4. DR. FRANCISCO JOSÉ MIRÓ QUESADA RADA.
5. **OPERADOR:** JOYCE AURORA CÓRDOVA ABANTO
6. **TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN DERECHO CON MENCIÓN EN DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHOS HUMANOS**
7. **AUTOR:** EDISON CIRO CARHUATANTA CALLA
8. **TESIS:** “LA RELACIÓN ENTRE EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES EXTRANJERAS EN LOS TRATADOS SUSCRITOS POR EL PERÚ CON LOS DERECHOS HUMANOS”.
9. **FECHA DE RECEPCIÓN DE DOCUMENTO (CORREO ELECTRÓNICO):** 07/06/2023
10. **FECHA DE APLICACIÓN DEL PROGRAMA INFORMÁTICO DE SIMILITUDES:**
14/06/2023
11. **SOFTWARE UTILIZADO:**
 - a. TURNITIN
12. **CONFIGURACIÓN DE PROGRAMA DETECTOR DE SIMILITUDES:**
 - a. Excluye textos entrecomillados, citas y referencias
 - b. Excluye bibliografía.
 - c. Excluye cadenas menores a 20 palabras
 - d. Excluye nombres de instituciones y documentos comunes como (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Constitución Política del Perú, Ley General de Sociedades, etc.)
13. **PORCENTAJE DE SIMILITUD SEGÚN PROGRAMA DETECTOR DE SIMILITUDES:**
 - a. 12% (Doce por ciento)

Se adjunta link para descargar informe completo, **en el informe se señala en colores las coincidencias encontradas**, las cuales no superan el 20% permitido.

Link de descarga de informe completo:

https://drive.google.com/file/d/1O6Aepuuls-ah6E1zqC_frvPnajpnKnKo/view?usp=drive_link

CALIFICACIÓN DE LA ORIGINALIDAD

a) Documento cumple criterios de originalidad

Lima, 14 de junio del 2023



A handwritten signature in black ink, appearing to read "Francisco Miró Quesada Rada". The signature is fluid and somewhat stylized.

Dr. Francisco José Miró Quesada Rada
DIRECTOR

ÍNDICE

RESUMEN.....	5
ABSTRACT.....	6
INTRODUCCIÓN.....	7
CAPÍTULO 1	
INTRODUCCIÓN.....	9
1.1.- SITUACIÓN PROBLEMÁTICA.....	9
1.2.-FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	12
1.3.-FORMULACIÓN DE LAS HIPÓTESIS.....	12
1.4.-OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN.....	13
1.3.1.-OBJETIVO GENERAL.....	13
1.3.2.-OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	13
1.4.-METODOLOGÍA.....	14
1.4.1.-TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN.....	14
CAPÍTULO 2	
MARCO TEÓRICO DE PROTECCIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	15
2.1.-EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN A LOS INVERSIONISTAS EXTRANJEROS EN LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES SUSCRITOS POR EL PERÚ.....	15
2.1.1.-LOS TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN Y LOS TRATADOS DE LIBRE COMERCIO.....	15
2.1.2.-DOCTRINA.....	16
2.1.3.-GARANTÍAS OFRECIDAS A LOS INVERSIONISTAS EXTRANJEROS.....	17
2.1.3.1.-TRATAMIENTO JUSTO Y EQUITATIVO.....	19
2.1.3.2.-TRATO NACIONAL.....	21
2.1.3.3.-COMPENSACIÓN A LA EXPROPIACION.....	22
2.1.3.4.-TRATO DE NACIÓN MAS FAVORECIDA.....	23
2.1.3.5.-EL ARBITRAJE INTERNACIONAL COMO MEDIO DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.....	24

2.2.-EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN EL PERÚ.....	30
2.2.1.-ANTECEDENTES Y CONSTITUCIÓN HISTORICA.....	30
2.2.2.- RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES EXTRANJERAS EN EL PERÚ EN LA CONSTITUCIÓN POLITICA DE 1993 Y DISPOSICIONES LEGISLATIVAS.....	37
2.2.2.1.- NORMAS DICTADAS ANTES DE LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993 PARA PROMOVER LA INVERSIÓN PRIVADA.....	39
2.2.2.2.- NORMAS DICTADAS DURANTE LA VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993 PARA PROMOVER LA INVERSIÓN PRIVADA.....	47
2.3.- DERECHOS HUMANOS Y SU PROTECCIÓN EN EL PERÚ.....	61
2.3.1.-ANTECEDENTES Y CONTITUCIÓN HISTORICA.....	61
2.3.2.-CARACTERISTICAS DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	72
2.3.3.- RANGO CONSTITUCIONAL DE LOS TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS EN EL PERÚ.....	79
2.3.4.-TRATADOS DE DERECHOS HUMANOS SUSCRITOS POR EL PERÚ Y SU AMBITO DE PROTECCIÓN EN RELACION A LA INVERSIÓN EXTRANJERA.....	81
2.3.5.-POSICIÓN DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA RELACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA INVERSION EXTRANJERA.....	92
2.3.5.1.-CASO COMUNIDAD INDÍGENA SAWHOYAMAXA VS. PARAGUAY.....	93
2.3.5.2.-CASO HILARIE VS. TRINIDAD Y TOBAGO.....	94
2.3.5.3.-CASO XIMENES LOPES VS. BRASIL.....	95
2.4.- RELACIÓN ENTRE EL REGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y LOS DERECHOS HUMANOS.....	97
2.4.1.-DESDE LA DOCTRINA Y EL DERECHO INTERNACIONAL.....	97
2.4.2.-CASOS DE ARBITRAJE BAJO REGLAS CIADI Y UNCITRAL SOBRE LA RELACIÓN ENTRE DERECHOS HUMANOS E INVERSION EXTRANJERA.....	107
2.4.2.1.-SOUTHERN PACIFIC PROPERTIES (MIDDLE EAST) LIMITED (SPP) VS. EGIPTO (CIADI Nro. ARB/84/3).....	108
2.4.2.2.-PARKERINGS-COMPAGNIET AS VS. LITUANIA (CIADI Nro. ARB/05/8).....	109
2.4.2.3.-COMPAÑIA DEL DESARROLLO DE SANTA ELENA S.A. VS. COSTA RICA (CIADI Nro. ARB/96/1).....	110
2.4.2.4.-TECNICAS MEDIOAMBIENTALES TECMED S.A. VS. ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (CIADI Nro. ARB (AF)/00/2).....	111

2.4.2.5.-BIWATER GAUFF VS. TANZANIA (CIADI Nro. ARB 05/22).....	112
2.4.2.6.-SIEMENS A.G. VS. ARGENTINA (CIADI Nro. ARB 02/8).....	113
2.4.2.7.-CMS GAS TRANSMISSION COMPANY VS. ARGENTINA (CIADI Nro. ARB 01/8).....	114
2.4.2.8.-AZURIX CORP. VS. ARGENTINA (CIADI Nro. ARB 01/12).....	116
2.4.2.9.-SEMPRA ENERGY INTERNATIONAL VS. ARGENTINA (CIADI Nro. ARB 02/16).....	117
2.4.2.10.-EMILIO AGUSTIN MAFFEZINI VS. ESPAÑA (CIADI Nro. ARB 97/7).....	119
2.4.2.11.-METHANEX CORPORATION VS. ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (UNCITRAL).....	121
2.4.2.12.-LG & E ENERGY CORP VS. ARGENTINA (CIADI Nro. ARB 02/1).....	122
2.4.2.13.-PHILIP MORRIS S.A. VS. URUGUAY (CIADI Nro. ARB /10/7).....	124

CAPÍTULO 3

RELACIÓN ENTRE LOS REGÍMENES DE PROTECCIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS TRATADOS SOBRE PROTECCIÓN DE INVERSIONES: CASO PERUANO.....127

3.1.-TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN SUSCRITOS POR EL PERÚ Y LAS GARANTÍAS OTORGADAS A LOS INVERSIONISTAS.....	127
3.2.-TRATADOS DE LIBRE COMERCIO SUSCRITOS POR EL PERÚ Y LAS GARANTÍAS OTORGADAS A LOS INVERSIONISTAS.....	144
3.3.-ANÁLISIS DE LA RELACIÓN DESDE EL CONTENIDO DE LOS TRATADOS SOBRE PROTECCIÓN DE INVERSIONES SUSCRITOS POR EL PERÚ.....	164
3.4.- PROPUESTA DE SOLUCIÓN DE PROBLEMA.....	170

CAPITULO 4

CONSECUENCIAS Y BENEFICIOS DE LA PROPUESTA.....	175
CONCLUSIONES.....	176
RECOMENDACIONES.....	180
BIBLIOGRAFÍA.....	181

RESUMEN

La investigación titulada “La relación entre el régimen de protección de inversiones extranjeras en los tratados suscritos por el Perú con los derechos humanos” tiene como objetivo determinar si existe una regulación uniforme respecto de la protección de los derechos humanos, que hubieran sido previstos en los Acuerdos Internacionales de Protección de Inversiones suscritos por el Perú. Con dicho fin, se ha hecho una investigación jurídica a través de la revisión de la doctrina, legislación y jurisprudencia internacional sobre la relación de los regímenes de protección de la inversión extranjera y derechos humanos, incluyendo el cotejo de los Tratados Bilaterales de Inversión y los Tratados de Libre Comercio en su capítulo de protección de inversiones, acordados por el Perú.

Por lo que se concluye que no existe una regulación uniforme en las disposiciones de los Acuerdos Internacionales de Protección de Inversiones suscritos por el Perú, respecto de la protección de los derechos humanos.

Palabras clave: Derechos Humanos, Inversión Extranjera, Arbitraje Inversionista - Estado

ABSTRACT

The research entitled "The relationship between the regime of protection of foreign investments in the treaties signed by Peru and human rights" has the objective to determine whether there is a uniform regulation with regard to the protection of human rights, which would have been foreseen in the International Investment Protection Agreements signed by Peru. To this end, it has been done a legal investigation through the revision of international doctrine, legislation and jurisprudence on the relationship of the regimes for the protection of foreign investment and human rights, including the revision of Bilateral Investment Treaties and Free Trade Agreements in its investment protection chapter, agreed by Peru.

Therefore, it is concluded that there is no uniform regulation in the provisions of the International Investment Protection Agreements signed by Peru with respect to the protection of human rights.

Key words: Human Rights, Foreign Investment, Investment – State Arbitration

INTRODUCCIÓN

El crecimiento económico que viene experimentando el Perú de manera sostenida desde la década de 1990, que duda cabe, está relacionado con el modelo de economía social de mercado que proclama la Constitución Política de 1993 y demás normativa dictada para promover la libre iniciativa privada y la inversión extranjera, coadyuvando a que se reduzcan los índices de pobreza que, según datos de INEI, para el año 2017 equivalía al 21.7 % del total de la población, cuando en el año 2004 el porcentaje era 58.7%.

Es consabido que la inversión extranjera conlleva beneficios a nuestro país, pues permite la transferencia de tecnología, el fomento del empleo y la puesta en marcha de grandes proyectos de explotación de nuestros recursos naturales, siendo el rol del Estado dotar de garantías a la inversión que se plasman en la normativa nacional e internacional que ofrece beneficios y oportunidades para que el inversionista extranjero participe en las actividades económicas y obras de infraestructura pública, además de un sistema de Acuerdos Internacionales de Promoción de Inversiones donde los Estados se obligan recíprocamente a proteger la inversión extranjera, al cual Perú se ha adscrito y que se expresa en una amplia red de acuerdos con diversas economías mundiales.

Sin embargo, a medida que el flujo de inversión extranjera se ha incrementado a resultas de los Tratados de Promoción de Inversiones y de un sistema de arbitraje internacional que puede revisar medidas estatales, del mismo modo se ha acrecentado el impacto social y ambiental (conflictos sociales) producto de las actividades empresariales; siendo este aspecto donde se aprecia una contraposición con los deberes del Perú de promover y proteger los derechos humanos, pues no obstante éstos deben ser protegidos conforme los Tratados de Derechos Humanos, muchas veces ceden ante los intereses del inversionista extranjero quien tiene gran capacidad de negociar con el Estado y al que puede demandar ante un tribunal arbitral por haber adoptado una disposición legal o administrativa que “afecte su inversión”. Así, medidas como mejorar los estándares medioambientales o garantizar el acceso de medicamentos en favor de la salud pública, pueden ser cuestionadas por los inversionistas en un arbitraje internacional.

Dado que los Tratados de Promoción de Inversiones son los que permiten a los inversionistas alegar las garantías que allí se plasman para hacer valer sus derechos, el objeto de esta tesis es revisar si dichos tratados contienen alguna disposición que permita al Perú adoptar medidas para velar por los derechos humanos sin ser pasible de cuestionamiento por el inversionista.

Para ello el presente trabajo se ha estructurado en cuatro capítulos: en el primero se enfoca el problema de investigación y se mencionan los objetivos generales y específicos del tema materia de investigación; mientras que en el segundo capítulo se hace un desarrollo por un lado, de la inversión extranjera, mencionando las garantías que se conceden a los inversionistas en los Acuerdos Internacionales de Protección de Inversiones y en la Constitución Histórica del Perú y de otro lado, en el caso de los derechos humanos, se describe su protección a nivel constitucional e internacional; para luego hacer una breve mención de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en el arbitraje internacional de las inversiones, respecto de la vinculación de estos campos del derecho.

En el tercer capítulo se describen las principales garantías a los inversionistas extranjeros contenidos en los Tratados Bilaterales de Inversión y los Tratados de Libre Comercio que ha suscrito el Perú, con énfasis en las excepciones a dichas garantías; y finalmente, en el cuarto capítulo se hace la propuesta de solución correspondiente, con basamento en la información encontrada en los capítulos precedentes.

El avance de la modernidad y desarrollo del poder económico plantea nuevos retos a la humanidad, debiendo el Estado, en ejercicio de sus potestades y obligaciones, adoptar alternativas de solución ante la también creciente demanda de libertades y derechos de su población, pues no se debe perder de vista que el rol del Estado es propiciar y crear las condiciones para que la inversión extranjera contribuya con el desarrollo del país y fomente el bienestar general.

CAPÍTULO 1

INTRODUCCIÓN

1.1.-SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

En los últimos veintiocho años el Perú ha optado por una economía social de mercado cuyos pilares principales son la libre iniciativa privada y el trato igualitario de las inversiones. Como resultado de adoptar dichos postulados, el Perú ha venido promoviendo la inversión extranjera a fin de que desarrolle diversas actividades económicas con los consiguientes beneficios que ello trae, como la ejecución de obras de infraestructura, el incremento de oportunidades de empleo, la transferencia de tecnología, la recaudación de impuestos por la renta generada, etc., para lo cual, en aras de garantizar la estabilidad y seguridad jurídica de los inversionistas, se han suscrito Acuerdos Internacionales de Inversión con diversos países, en los que se han plasmado garantías a favor del inversionista extranjero.

Sin embargo, como sucede con diversos tratados de inversión a nivel mundial, los mismos reconocen derechos más no obligaciones a los inversionistas, siendo uno de los más importantes derechos, el acceso directo del inversionista a la institución del arbitraje internacional para resolver alguna controversia con el Estado que recibe la inversión, sin agotar la jurisdicción interna, posibilidad que no tiene el Estado en caso sea el inversionista quien incumpla sus obligaciones, como sería la inobservancia de los derechos humanos. Ejemplo de ello es la empresa Doe Run Perú, cuya matriz es la empresa estadounidense Renco Group y que desde 1997 asumió la conducción del Complejo Metalúrgico La Oroya, la cual no obstante haber tenido responsabilidad en la contaminación de la ciudad de La Oroya y del río aledaño, afectando la salud de la población de dicha ciudad, llevó al Perú en el año 2011 a un arbitraje internacional alegando que el Estado peruano era responsable de que no se haya cumplido con los plazos de ejecución de adecuación ambiental; siendo que tras casi seis años de proceso

arbitral, la demanda fue desestimada¹. A pesar del laudo favorable a los intereses del Perú, el tribunal arbitral ordenó que cada parte asumiera sus propios costos jurídicos, lo que para el Estado peruano significó un desembolso de US\$ 8.3 millones de dólares².

Asimismo, dado que la protección al inversionista extranjero incluye ser tratado en forma equitativa y no ser expropiado en forma directa o indirecta salvo por necesidad pública, esto implica que ante alguna regulación adoptada por el Estado en cumplimiento de sus atribuciones soberanas, como establecer estándares de protección ambiental o dictar disposiciones para proteger asuntos de interés público, como la salud, la educación o la conservación de bienes culturales, que además responden al cumplimiento de sus deberes de protección de derechos humanos, dicho Estado puede ser llevado a un arbitraje internacional y acusado de incumplir sus obligaciones en el Acuerdo Internacional de Inversión, como sería el haber ocasionado “una expropiación indirecta” de la inversión, pudiendo ser sancionado con pagar millonarias indemnizaciones a favor del inversionista en caso se determine su responsabilidad. Esto ocasiona que el Estado se vea disuadido de no ejercer su potestad legislativa o adoptar medidas para garantizar los derechos de la población, a fin de evitar demandas de arbitraje por parte de los inversionistas extranjeros.

Un ejemplo de lo antes expuesto fue lo sucedido en el año 2015 con la compra y distribución del antirretroviral “Atazanavir”, usado para el tratamiento de pacientes con VIH y cuya patente fue reconocida al laboratorio estadounidense Bristol Myers Squibb hasta el año 2019; por lo que el Estado peruano a través del Ministerio de Salud debía comprar dicho fármaco al mencionado laboratorio. El problema surgió cuando el precio a pagar por este antirretroviral era inmensamente superior al que países vecinos como Bolivia, Colombia o Brasil pagaban por dicho medicamento (en Bolivia costaba 25

¹ Doe Run sometió al Estado Peruano ante un arbitraje internacional bajo las reglas de UNCITRAL por incumplimiento de sus obligaciones en el marco del TLC USA-Perú y relacionado con el proceso de privatización del complejo metalúrgico La Oroya. Al respecto, Alejandro Alayza, coordinador ejecutivo de RedGe, al indicar que se debe mejorar el capítulo de inversiones del dicho TLC, resaltó que: “...no puede ser que un día aparezca una empresa como Doe Run, que no cumple con los requisitos ambientales necesarios para operar, y quiere denunciar al Perú ante fueros internacionales aduciendo una supuesta expropiación indirecta, figura contemplada en el TLC, sólo porque se le pide cumplir la ley nacional”. En diario El Comercio del 8 de julio de 2011, página b2.

² “Estado peruano gastó más que Renco por caso Doe Run”. En diario Gestión, Lima, edición del 28 de noviembre de 2016, página 11.

veces menos), afectando así el presupuesto público para el tratamiento del Sida. Ante ello, pese a que el Ministerio de Salud había negociado infructuosamente con Bristol Myers Squibb la rebaja sustancial del precio del fármaco y luego envió un proyecto de Decreto Supremo para declarar la licencia obligatoria de dicho fármaco, lo que permitiría su accesibilidad a través de la adquisición a otros laboratorios, se generó un conflicto dentro del Poder Ejecutivo pues tanto el Ministerio de Economía y Finanzas como el Ministerio de Comercio Exterior se opusieron a la licencia obligatoria, alegando que afectaría la propiedad de los inversionistas extranjeros conforme las disposiciones del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos³. Finalmente, Bristol Myers Squibb rebajó en 35% el precio del fármaco, aunque según ForoSalud, con la licencia obligatoria se podría haber obtenido una reducción del precio en un 75%⁴.

En consecuencia, se advierte una situación de encrucijada para los Estados: por un lado, el de promover la inversión extranjera para lo cual suscribirá Tratados Bilaterales de inversión o Tratados de Libre Comercio en los que se otorguen garantías para los inversionistas foráneos; y por otro lado, el de velar por el respeto y protección de los derechos humanos de sus ciudadanos vinculado también por Tratados Internacionales de Derechos Humanos, siendo que teniendo en cuenta las situaciones conflictivas relacionados con la promoción de inversión extranjera que el Perú ha vivido en los últimos años (Bagua - Amazonas en 2009, Tía María – Arequipa en 2010, Puno en 2011, Cotabambas - Apurímac en 2016, etc.) es necesario encontrar un punto de equilibrio en el que la legislación establezca mínimas obligaciones para los inversionistas en relación a la observancia de los derechos humanos, de modo tal que ello sea tenido en cuenta por el arbitraje internacional Inversionista – Estado en caso el conflicto involucre los derechos humanos frente a las inversiones extranjeras.

³ “Patentes dadas por Indecopi a fármacos afectan la salud pública y causan sobrecostos”. En diario la República, Lima, edición del 9 de abril de 2015, páginas 2-3.

⁴ “Licencia obligatoria de Atazanavir hubiera permitido ahorro de 75%”. En diario la República, Lima, edición del 14 de julio de 2015, página 10.

Es por ello que se formula la siguiente pregunta: ¿Cuáles son las garantías de las inversiones extranjeras otorgadas en los Acuerdos Internacionales de Inversión suscritos por el Perú y si tienen relación con la protección de los derechos humanos?

1.2.-FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

La ausencia de una regulación uniforme en el régimen de protección de inversiones extranjeras acordadas por un país en los Tratados Bilaterales de Inversión o Tratados de Libre Comercio, en cuanto a las obligaciones o restricciones a los inversionistas extranjeros por motivos de protección de derechos humanos u otros, ocasiona que el país receptor de la inversión se inhíba en cumplir con sus obligaciones enmarcadas en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y que los inversionistas extranjeros cuestionen medidas que el Estado dicta en ejercicio de su poder soberano, aún cuando se tratan de medidas no discriminatorias y que persigan un fin público.

A lo antes mencionado, se adiciona el hecho de que la legislación de protección de inversionistas carece de un organismo central y de un tratado multilateral que lo regule, además que en el arbitraje de inversión no hay jurisprudencia obligatoria.

El problema que se va a desarrollar en la presente investigación se circunscribe a los tratados suscritos por el Perú en materia de protección de inversiones.

1.3.-FORMULACIÓN DE LAS HIPÓTESIS

- El riesgo de que la acción regulatoria del Estado peruano en el ejercicio de su poder público sea considerada por el inversionista extranjero como “expropiatoria” se incrementa con la ausencia de disposiciones relacionadas con el ejercicio público en defensa del derecho de terceros en el régimen de protección de inversiones extranjeras acordadas por el Estado Peruano con otros países.

- La doctrina y legislación internacional de protección de los derechos de los inversionistas extranjeros está relacionado directamente con la ausencia de obligaciones para los inversionistas extranjeros, en los diversos tratados de protección de inversiones.
- El régimen de protección otorgado a los inversionistas extranjeros en los tratados internacionales suscritos por el Perú concede a éstos una mejor ventaja en relación con el régimen otorgado a los inversionistas nacionales, frente al Estado.
- El marco constitucional y legal del Perú acerca de las inversiones extranjeras favorecen que su tratamiento sea preferente a la protección de derechos humanos de terceros.

1.4.-OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1.4.1.- Objetivo General

- Determinar si existe una regulación uniforme en el régimen de protección de inversiones extranjeras acordadas por el Perú con otros países, en lo que respecta a las obligaciones o restricciones impuestas a los inversionistas extranjeros por motivos de protección de derechos humanos.

1.4.2.-Objetivos Específicos

- Establecer en qué medida los inversionistas extranjeros deben cumplir con estándares de protección de derechos humanos en los Tratados Bilaterales de Inversión y Tratados de Libre Comercio.
- Establecer los ámbitos de actuación del Estado en cuanto a la protección de los derechos humanos a fin de que no sean considerados como contrarios a los intereses de los inversionistas extranjeros.

- Comprobar si existe alguna disposición expresa en los Tratados Bilaterales de Inversión y Tratados de Libre Comercio que prefiera los derechos de los inversionistas al de terceros, en caso de conflicto.
- Comprobar si existe alguna disposición expresa en la Constitución Peruana y normas relacionadas con la protección de inversionistas extranjeros que prefiera los derechos de los inversionistas al de terceros, en caso de conflicto.
- Verificar si la doctrina del régimen de protección de la inversión extranjera permite dar preferencia al trato al derecho de los inversionistas en detrimento de los derechos humanos de terceros.
- Verificar si la protección brindada a los inversionistas extranjeros en los Tratados Bilaterales de Inversión y los Tratados de Libre Comercio, afecta el libre ejercicio del poder público del Estado.

1.5.-METODOLOGÍA APLICADA

1.5.1.- Tipo y Diseño de Investigación: investigación jurídica

CAPÍTULO 2

MARCO TEÓRICO DE PROTECCIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y DE LOS DERECHOS HUMANOS

2.1.-EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN A LOS INVERSIONISTAS EXTRANJEROS EN LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES SUSCRITOS POR EL PERÚ

2.1.1.-Los Tratados Bilaterales de Inversión y los Tratados de Libre Comercio

Como parte del nuevo orden económico mundial instaurado tras la segunda guerra mundial del siglo XX, se produjo una extensión internacional del libre comercio de bienes y del flujo de las inversiones extranjeras.

En el caso del libre comercio de bienes, ello se institucionalizó a través de la creación de la Organización Mundial de Comercio (OMC), que constituye el órgano central que dicta disposiciones vinculantes sobre dicha materia, a los países miembros. En lo que concierne al régimen de las inversiones extranjeras, no existe una institución central que lo regule, y más bien, cada país o grupo de países, acuerdan celebrar tratados bilaterales o multilaterales, para establecer disposiciones sobre la protección de la inversión extranjera en sus respectivas jurisdicciones.

Así, los tratados sobre protección de inversiones extranjeras contienen fundamentalmente, garantías para los inversionistas extranjeros, como protección frente a la expropiación de su inversión o un régimen arbitral internacional para la solución de controversias. En la actualidad existen aproximadamente 3,000 Tratados Bilaterales de Inversión⁵ siendo que en los últimos años se han incrementado los Tratados de Libre

⁵ De acuerdo con la información obtenida del sitio web de UNCTAD, a la fecha existen 2836 Tratados Bilaterales de Inversión. En: <http://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements> (última visita: 09-11-2021)

Comercio, que tienen un ámbito de regulación que trasciende el comercio de bienes y servicios, incluyendo la protección de las inversiones.

2.1.2.-Doctrina

En el caso de los Tratados Bilaterales de Inversión, son acuerdos suscritos entre dos países para brindar garantías legales y económicas al inversionista extranjero. Según Kenneth J. Vandavelde ⁶, dichos tratados tuvieron su antecedente en aquellos acuerdos que, antes de la segunda guerra mundial, suscribían los países para promover relaciones comerciales, en donde se incluían algunas disposiciones para proteger la propiedad de los nacionales de un Estado en el territorio de otro Estado. Así, se menciona el caso de los denominados: “Acuerdos de Amistad, Comercio y Navegación” que Estados Unidos de América suscribía en el siglo XVIII con otros países, en donde, según dicho autor, estos tratados: “(...) ... incluían disposiciones donde se garantizaban “especial protección” o “total y perfecta protección” hacia la propiedad de nacionales de una parte en el territorio de la otra parte. Estos también requerían el pago de una compensación por expropiación y garantizaban a los nacionales de una parte las garantías de “nación más favorecida” y “trato nacional”, con respecto al derecho de comprometerse en ciertas actividades comerciales en el territorio de la otra parte. Ocasionalmente, incluso se proveían de limitada protección a la transferencia de dinero. El enfoque fue en proteger la propiedad, como oposición a las inversiones (...)”.

Según Franz Kundmuller y Roger Rubio⁷, existió una iniciativa por la parte de la OCDE para crear un tratado multilateral en materia de inversiones, lo cual no prosperó debido a discordancias entre los países, sobre todo, los exportadores y los importadores de capital. Dichos autores señalan al respecto: “(...) debido al fracaso a fines de los 90’ de la iniciativa de la Organización de Países para el Desarrollo Económico (OECD) para crear un tratado multilateral sobre inversiones (MAI) hasta el momento no existe una

⁶ VANDEVELDE, Kenneth J. “A Brief History of International Investment Agreement”, en: *University of California Davis Journal International Law and Policy* Vol. 12: 157 (2005), pag.159.

⁷ KUNDMULLER, Franz y RUBIO, Roger. “El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte”, en: *Lima Arbitration* Nro. 1- 2006, pag. 70. En: https://issuu.com/limaarbitration/docs/franz_kundmuller_caminiti_roger_rubio_guerrero (última visita: 09-11-2021)

regla o tratado multilateral que regule en forma centralizada y homogénea el Derecho Internacional de las Inversiones (DII) por lo que esta disciplina viene evolucionando a partir de diversos paradigmas jurídicos. (...) la falta de acuerdo entre los países importadores y exportadores de capital respecto a las respuestas a estas preguntas habría culminado en el fracaso del MAI, generando así un incentivo para la expansión mundial de los tratados bilaterales en materia de inversiones (TBIs), pero también para la consolidación de los capítulos de inversiones en los tratados de libre comercio (TLCs) de última generación o, en general, para los Acuerdos Internacionales de Inversiones (AII). (...)”.

De otro lado, en el caso de los Tratados de Libre Comercio, los mismos tienen como fin fundamental la liberalización de comercio de bienes y servicios, y abordan otras materias como la protección de inversiones, la regulación de normas fitosanitarias y sanitarias, normatividad medioambiental, entre otros.

Al respecto, Mario Linares⁸ señala que *“Tanto los Tratados Bilaterales de Inversión como los capítulos de Inversión de los Tratados de Libre Comercio, tienen como finalidad establecer reglas claras y precisas para promover las inversiones entre los países suscriptores, de manera tal que los inversores de los estados parte encuentren mecanismos de protección y reales y concretos al realizar inversiones, pudiendo acudir a jurisdicción arbitral internacional en caso de la vulneración de las garantías especificadas en los tratados (...)”*.

2.1.3.- Garantías ofrecidas a los inversionistas extranjeros

Las garantías a favor del inversionista extranjero, que se han contemplado en los Acuerdos Internacionales de Inversión, tienen un cierto estándar a nivel de dichos acuerdos, pues se han regulado de manera común, pese a que no existe un acuerdo

⁸ LINARES JARA, Mario. *El Sistema Internacional de Protección de la Inversión Extranjera y los Contratos Públicos*, Grijley Editores, Lima, Perú, 2006, pag. 32.

multilateral. A decir de Alejandro Teitelbaum⁹, este tipo de tratados serían expresión de políticas de liberalización y privatización de obligatorio cumplimiento, de modo que, a través de acuerdos internacionales, no pueden ser revertidas.

Debe tenerse presente que, son pocos (o casi ninguno) los deberes o responsabilidades que se imponen a los inversionistas o al Estado de nacionalidad del inversor, lo cual se advierte sobre todo en los Tratados Bilaterales de Inversión¹⁰. Esto debe entenderse en un contexto de sana competencia entre los países para atraer la inversión extranjera, aunque como señala Olga Martín – Ortega¹¹, esta “carrera hacia el fondo” o competición para atraer la inversión extranjera, ha supuesto por parte de los Estados en vías de desarrollo, una rebaja de las exigencias a las empresas multinacionales así como la modificación de sus sistemas normativos, renunciando incluso al ejercicio de algunos derechos soberanos para eliminar el mayor número de obstáculos a la inversión.

De acuerdo con Manuel Ulloa¹², el desarrollo de los países de América Latina ha estado ligado históricamente con la presencia del capital extranjero, lo cual de hecho sucede en los tiempos actuales. Según dicho autor: “(...) *el crecimiento de América Latina está vinculado directa e indirectamente con el capital extranjero: no olvidemos que sus principales países (México, Brasil, Argentina, Venezuela) reciben a partir de 1850, una fortísima inmigración de los principales países europeos, que traen consigo no solamente la educación, experiencia y la voluntad de trabajo de los inmigrantes, sino también recursos. (...)*”.

Un aspecto relevante para la promoción de las inversiones extranjeras es que los acuerdos que los regulan contengan garantías a favor del inversionista. Al respecto,

⁹ TIETELBAUM, Alejandro. *Al Margen de la Ley: Sociedades Transnacionales y Derechos Humanos*, Publicaciones Ilsa, Bogotá, Colombia, 2007, pag. 142.

¹⁰ DOLZER, Rudolf y STEVENS Margret. *Bilateral Investment Treaties*, Martinus Nijhoff Publishers. La Haya, Países Bajos, 1995, pag. 18.

¹¹ MARTIN-ORTEGA, Olga. *Empresas Multinacionales y Derechos Humanos en Derecho Internacional*. Bosch Editor, Barcelona, España, 2008, pag. 84.

¹² ULLOA, Manuel. “Problemas y perspectivas del capital extranjero en el Perú”. En: *El Perú frente al capital extranjero: deuda e inversión*, Editado por Eduardo Ferrero Costa, Primera Edición, Lima, Perú, 1985, pag.14.

Lucke Eric Peterson¹³ manifiesta que: “(...) *Con frecuencia estos tratados pretenden tener dos objetivos relacionados: proteger los flujos de inversión directa en base a la elaboración de una serie de derechos y garantías, así como el incentivo de cooperación económica, incluyendo la promoción del incentivo de flujo de inversión hacia países subdesarrollados. (...) Mientras los tratados bilaterales han evolucionado a través del tiempo, los tratados modernos (aquellos negociados después de 1980, en adelante), tienden a incluir la mayoría de los siguientes derechos, no obstante con varias formulaciones y restricciones: - Trato Nacional; - Trato de la Nación Más Favorecida; - Estándar Absoluto de Tratamiento; - Disposiciones sobre garantía de la transferencia y repatriación de ganancias; - Garantías contra las expropiaciones y la nacionalización sin compensación y debido proceso. (...)”.*

2.1.3.1.- Tratamiento Justo y Equitativo

Dicha garantía consiste en no otorgar un mejor ni peor trato a los inversionistas extranjeros respecto al inversionista nacional, es decir, el trato entre ambos inversionistas debe ser el mismo. Para Diana María Bertrán¹⁴, quien a su vez cita a Luke Eric Peterson, este es el principio general del cual emanan todos los otros principios y lo que se busca materializar es la protección al inversionista frente a las vicisitudes que se le puede presentar en el país donde se efectúa la inversión.

Lo que se procura entonces es brindar protección y seguridad plena al inversionista extranjero, específicamente la propiedad, empresas y otros intereses vinculados con la inversión. Como se indicó en el caso CIADI Parkerings – Compagniet AS vs. Lituania¹⁵, este principio es transgredido cuando el inversionista es privado de su legítima expectativa de que las condiciones existentes al momento del contrato permanecerían

¹³ PETERSON, Luke Eric. “International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration”. En: *International Institute for Sustainable Development (IISD) for the Swiss Department of Foreign Affairs*, April 2003, pag. 8. En: https://www.iisd.org/system/files/publications/investment_int_human_rights_bits.pdf (última visita: 09-11-2021).

¹⁴ BELTRAN, Diana María. “Los Acuerdos Bilaterales de Inversión como herramienta para el Comercio Justo”. En: *Comercio Justo, Globalización y Medio Ambiente*, Editores: Gonzalo Andrés Ramírez Cleves y Erli Margarita Marín Aranguen, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013, Colombia, Primera Edición, pag. 207.

¹⁵ Caso CIADI Nro. ARB/05/8, párrafo 330.

inalteradas. Además, en el caso CIADI Electroquil S.A. vs. Ecuador¹⁶, se señaló que la estabilidad de la normativa y el clima de negocios están directamente relacionados con las expectativas justificadas del inversionista, las mismas que son un elemento importante del tratamiento justo y equitativo; mientras que en el caso CIADI Siemens A.G. y Argentina¹⁷, se mencionó que una conducta deliberada o intencionada y de mala fé por parte del Estado receptor, no es elemento necesario para verificar el incumplimiento de este principio, aunque sí podría considerarse como una circunstancia agravante.

Según María del Carmen Tovar¹⁸, el concepto de Trato justo y Equitativo ha generado una dificultad para su definición, debido a que: “(...) ... *no existe un catálogo objetivo de conductas aceptables que nos sirva de referencia para establecer la medida del concepto. Ello lleva a que sea frecuente entender que el estándar debe responder a lo que el derecho internacional considera que es un Trato Justo y Equitativo. (...)*”. Así, por ejemplo, en los Acuerdos de Libre Comercio suscritos entre Perú y países como Estados Unidos de América, Chile, Panamá y Singapur, se estipula que este principio consiste en la no denegación de la justicia en litigios civiles, criminales o contenciosos administrativos, conforme la garantía del debido proceso. Cabe señalar que en el caso CIADI Iberdrola Energía S.A. vs. Guatemala¹⁹, se mencionaron criterios que configuran la denegación de justicia en el derecho internacional, tal como el Tribunal Arbitral expresó en dicha ocasión: “*El Tribunal concluye que según el derecho internacional podrían constituir denegación de justicia (i) la negativa injustificada de un tribunal para conocer un asunto de su competencia o cualquier otra actuación del Estado que tenga por efecto impedir el acceso a la justicia; (ii) una demora indebida en la administración de justicia; y (iii) las decisiones o actuaciones de órganos del Estado que sean evidentemente arbitrarias, injustas, idiosincráticas o tardías*”.

¹⁶Caso CIADI Nro. ARB/04/19, párrafo 339-340.

¹⁷Caso CIADI Nro. ARB/02/8, párrafo 299.

¹⁸TOVAR, María del Carmen. “Protección y Promoción de Inversiones”. En: “*Acuerdo Comercial entre Perú – Colombia y la Unión Europea: contenido, análisis y aplicación*”. Editores Fernando Cantuarias Salaverry y Pierino Stucchi Lopez Raygada, Universidad del Pacífico, Primera Edición, Lima, Perú, 2013, pag. 376.

¹⁹ Caso CIADI Nro. ARB/09/5, párrafo 432.

2.1.3.2.- Trato Nacional

Mediante esta garantía, el inversionista extranjero debe recibir un trato no menos favorable que el Estado receptor otorga al inversionista nacional. Con dicho fin, debe identificarse al menos una empresa doméstica con la cual se compare la situación de trato nacional respecto del inversionista extranjero, además de tener en cuenta el contexto regulatorio, a fin de establecer si ha habido una violación a este principio²⁰.

De acuerdo con Kenneth J. Vandeveld²¹, este principio se encontraba regulado en los Acuerdos de Amistad, Comercio y Navegación, los que: “ (...) *también garantizaban a los nacionales y compañías de una de las partes, el trato nacional y el de nación más favorable con respecto al derecho de involucrarse en varios tipos de actividades comerciales, lo que significa que los inversionistas extranjeros, en efecto, estaban conferidos del trato nacional y el de nación más favorecida, con respecto al derecho de establecer inversiones.*”

No obstante, este principio puede ser limitado por razones de interés público, como es el caso de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 71 de nuestra Constitución Política de 1993, que, en cuanto al derecho de propiedad de los extranjeros, dispone expresamente lo siguiente: “*Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley.*”

²⁰ BJORKLUND, Andrea K. “National Treatment”. En: *Standards of Investment Protection*. Editado por: August Reinisch, Oxford University Press; Oxford, Gran Bretaña, 2008, pags. 38 y 39.

²¹ VANDEVELDE, Kenneth J. Op. cit. pag. 163.

Según Italo Carraro y Gonzalo Bonifaz²², la referencia que se hace a la expresión “trato no menos favorable” deja la puerta abierta para que el tratamiento al inversionista extranjero sea más favorable que el que recibe inversionista nacional, lo cual ocurrirá si el estándar aplicable a inversionista local es más bajo que el establecido por el Derecho Internacional o por el régimen aplicable al nacional de un tercer país. Como se podrá corroborar en los siguientes capítulos, esta situación ocurre en nuestra legislación nacional.

2.1.3.3.-Compensación a la Expropiación

Esta garantía consiste en brindar protección al inversionista en el sentido de que su inversión, compuesta ya sea por bienes tangibles como intangibles, en caso sea pasible de expropiación, ello se realice únicamente en casos de utilidad pública u otros supuestos expresamente acordados en el tratado, además de que el Estado que realiza la expropiación, siga un procedimiento establecido con dicho fin, que incluya el pago o compensación equivalente al valor del bien o bienes expropiados.

La Carta de las Naciones Unidas sobre Derechos y Deberes Económicos de los Estados, adoptada por la Asamblea General de la ONU mediante Resolución A/RES/29/3/3281 de 1974, estipula en su artículo 2, numeral 2, literal c), como uno de los derechos de los Estados, lo siguiente: *“Nacionalizar, expropiar o transferir la propiedad de bienes extranjeros, en cuyo caso el Estado que adopte esas medidas deberá pagar una compensación apropiada, teniendo en cuenta sus leyes y reglamentos aplicables y todas las circunstancias que el Estado considere pertinentes. En cualquier caso en que la cuestión de la compensación sea motivo de controversia, ésta será resuelta conforme a la ley nacional del Estado que nacionaliza y por sus tribunales, a menos que todos los Estados interesados acuerden libre y mutuamente que se recurra a otros medios pacíficos sobre la base de la igualdad soberana de los Estados y de acuerdo con el principio de libre elección de los medios.”*

²² CARRANO, Italo y BONIFAZ, Gonzalo. *La Protección de Inversiones del Tratado de Libre Comercio Perú – Estados Unidos. Principales Garantías para el Inversionista*. ARA Editores EIRL, Primera Edición, Lima, Perú, 2011, pag. 203.

Sobre esta protección a la expropiación contenida a nivel de las Naciones Unidas, Keneth Vandeveld²³ considera que no es suficiente, al señalar que: “*Los Tratados Bilaterales surgen a fin de tener un modo más efectivo de prevenir expropiación sin compensación, pues ello no era suficiente con el Derecho Internacional Consuetudinario*”.

Cabe indicar que se incurre en expropiación directa o tradicional cuando se efectúa una transferencia forzosa de la titularidad del bien de propiedad del inversionista, por razones de interés público, mientras que la expropiación indirecta o denominada regulatoria se produce cuando se dictan medidas legales o administrativas que disminuyen o desaparecen el valor de la propiedad, sin que ocurra el despojo formal del título que sustenta dicho derecho, siendo que este tipo de expropiación es el más recurrente en la actualidad y respecto del cual se protege al inversionista en los tratados bilaterales o multilaterales sobre promoción de inversión extranjera²⁴.

2.1.3.4.-Trato de Nación más favorecida

Según esta garantía, el Estado receptor de una inversión no puede hacer distinción de trato entre inversionistas extranjeros de distintas nacionalidades, vale decir, no podría brindar un trato menos favorable a un inversionista de un país “A”, en relación a otro inversionista de un país “B”. Tal como se señaló en el caso CIADI Parkering – Compagniet AS vs. Lituania²⁵, la condición esencial de una violación de este principio es la existencia de un trato diferenciado acordado a otro inversionista extranjero en una similar situación, por lo que una comparación es necesaria con un inversionista en circunstancias similares. Cabe señalar que este estándar de protección conjuntamente con el Trato Nacional, constituyen formas de evitar la discriminación basadas en la nacionalidad, que pueden ser combinados en una sola cláusula en los tratados²⁶.

²³ VANDEVELDE, Kenneth J. Op. cit. pag. 169 (propia traducción)

²⁴ HOFFMANN, Anne K. “Indirect Expropriation”. En: *Standards of Investment Protection*, Editado por August Reinisch, Oxford University Press, Oxford, Gran Bretaña, 2008, pag. 152.

²⁵ Caso CIADI Nro. ARB/05/8, párrafo 369.

²⁶ BAETENS, Freya.”Discrimination on the Basis of Nationality: Determining Likeness in Human Rights and Investment Law”. En: *International Investment Law and Comparative Public Law*. Editado por Stephan W. Schill, publicado por Oxford University Press, New York – Estados Unidos de America, 2010, pag. 279.

Como señala Andreas Ziegler²⁷, este principio comprende obligaciones y derechos internacionales, no solo los incorporados en el tratado suscrito entre las partes contratantes, sino aquellos entre las partes contratantes y otros Estados en virtud de diferentes tratados; por lo que este principio permite incorporar disposiciones de otros tratados y el contenido de futuros tratados que no pueden ser previstos o identificados.

Este tipo de trato se puede alegar en los aspectos procesales de un tratado, como por ejemplo, que el inversionista solicite se apliquen las disposiciones sobre sometimiento de un Estado a los arbitrajes contenidos en determinado Tratado Bilateral de Inversiones, por tener condiciones más beneficiosas (foro más conveniente). Al respecto, en el caso CIADI, Emilio Agustín Maffezini vs. España²⁸, el Tribunal señaló: *“De lo expuesto puede concluirse que si un tratado con un tercero contiene disposiciones para la solución de controversias que sean más favorables para la protección de los derechos e intereses del inversor que aquellos del tratado básico, tales disposiciones pueden extenderse al beneficiario de la cláusula de la nación más favorecida pues son plenamente compatibles con el principio ejusdem generis. Naturalmente que el tratado con el tercero tiene que referirse a la misma materia del tratado básico, sea ésta la protección de inversiones extranjeras o la promoción del comercio, puesto que las disposiciones sobre solución de controversias se aplicarán en el contexto de estas materias; de otro modo se incurriría en contravención de dicho principio. (...)”*.

2.1.3.5.- El Arbitraje internacional como medio de solución de controversias

A través del arbitraje internacional, un tercero imparcial será quien resuelva cualquier controversia que surja entre el inversionista y el Estado receptor de la inversión. Con el surgimiento de la Convención sobre el Arreglo de disputas sobre Inversiones entre Estados y Naciones de otros Estados, suscrita en Washington el 18 de marzo de 1965 (Convención de Washington), se estatuye el Centro Internacional para el Arreglo de Disputas sobre Inversiones (CIADI, también conocido como ICSID por sus siglas en

²⁷ ZIEGLER, Andreas R. “Most – Favored – Nation (MFN) Treatment”. En: *Standards of Investment Protection*, Editado por August Reinisch, Oxford University Press, Oxford, Gran Bretaña, 2008, págs. 65-66.

²⁸ Caso CIADI Nro. ARB/97/7, Decisión sobre excepción de jurisdicción, párrafo 56.

inglés), que es una institución de carácter permanente que organiza y administra el arbitraje sometido bajo su competencia y que se ha constituido en la más destacable forma de arbitraje de inversión debido al gran volumen de casos sobre violación de disposiciones de Tratados de Inversión que allí se revisan²⁹.

Cabe señalar que, según información de un reportaje publicado en la sección económica “Día1” del diario El Comercio,³⁰ y cotejado con los registros que figuran en la página web del CIADI, el Perú, a la fecha, enfrenta 19 demandas ante el CIADI por una suma aproximada de US\$ 4,670 millones de dólares americanos, según el siguiente detalle:

	Nº Caso CIADI	FECHA DE REGISTRO DEL CASO	DEMANDANTE	MONTO DE COMPENSACIÓN SOLICITADA (MILLONES US\$)	CUESTIONES INVOCADAS
1	UNCT/18/2	2-06-2016	GRAMERCY FUNDS MANAGEMENT LLC (U.S.) AND GRAMERCY PERU HOLDINGS LLC (U.S.)	1,500	REQUERIMIENTO DE PAGO DEL VALOR DE LOS BONOS DE LA REFORMA AGRARIA
2	ARB/17/3	1º-02-2017	METRO DE LIMA LINEA 2 S.A.	260	INDEMNIZACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO DE CONCESIÓN RELACIONADO CON LA ENTREGA DE TERRENOS PARA LA LINEA 2 METRO DE LIMA
3	ARB/18/26	24-07-2018	ENAGAS S.A. (ESPAÑA) y ENAGAS INTERNACIONAL S.L.U. (ESPAÑA)	500	INDEMNIZACIÓN POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL POR INVERSIÓN EFECTUADA EN EL GASODUCTO DEL SUR (CONSORCIO ENEGAS Y ODEBRECHT)
4	ARB/18/27	27-07-2018	SOCIEDAD AEROPORTUARIA KUNTUR WASI S.A. (PERÚ) y CORPORACIÓN AMÉRICA S.A. (ARGENTINA)	264 (MONTO ESTIMADO)	INDEMNIZACIÓN POR LUCRO CESANTE POR LA CANCELACIÓN DE LA CONCESIÓN DEL AEROPUERTO DE CHINCHERO
5	ARB/19/19	27-06-2019	IC POWER LTD. y KENON HOLDINGS LTD.	150 (MONTO ESTIMADO)	INDEMNIZACIÓN RELACIONADA CON DOS PROYECTOS ELÉCTRICOS
6	ARB/19/28	19-09-2019	LATAM HYDRO LLC y CH MAMACOCHA S.R.L	30 (MONTO ESTIMADO)	INDEMNIZACIÓN POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL EN UN PROYECTO DE CONSTRUCCIÓN DE UNA CENTRAL HIDROELÉCTRICA
7	ARB/20/4	04-02-2020	ODEBRECHT LATINVEST S.A.R.L.	1,200 (MONTO ESTIMADO)	INDEMNIZACIÓN POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL EN EL PROYECTO GASODUCTO DEL SUR

²⁹ SORNARAJAH, M. “*The International Law on Foreign Investment*”. Cambridge University Press, Tercera Edición, Cambridge, Reino Unido, 2010, pag. 300.

³⁰ “En la cancha estatal: Los arbitrajes público – privados escalan en el Perú”. En diario El Comercio, Lima, sección “Día1”, edición del 22 de octubre de 2018, páginas 16-17.

8	ARB/20/8	16-03-2020	FREEPORT MC MORAN INC	NO HAY INFORMACIÓN	RELACIONADO CON EL COBRO DE LA SUNAT DE DEUDAS POR REGALÍAS MINERAS EN LA CONCESIÓN DE CERRO VERDE
9	ARB/20/14	13-05-2020	SMM CERRO VERDE NETHERLANDS B.V.	NO HAY INFORMACIÓN	RELACIONADO CON EL COBRO DE LA SUNAT DE DEUDAS POR REGALÍAS MINERAS EN LA CONCESIÓN DE CERRO VERDE
10	ARB/20/18	10-06-2020	DESARROLLO VIAL DE LOS ANDES S.A.C.	NO HAY INFORMACIÓN	INDEMNIZACIÓN POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL EN LA CONCESIÓN DE TRAMO DE IIRSA CENTRO (CARRETERA CENTRAL)
11	ARB/20/46	30-10-2020	LUPAKA GOLD CORP.	100 (MONTO ESTIMADO)	INDEMNIZACIÓN POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL EN UN PROYECTO MINERO
12	ARB/20/51	15-12-2020	WORTH CAPITAL HOLDINGS 27 LLC	590 (MONTO ESTIMADO)	INDEMNIZACIÓN RELACIONADA CON EL CESE DE OPERACIONES DE REFINERÍA DE PUCALLPA
13	ARB/21/1	4-01-2021	QUANTA SERVICES NETHERLANDS B.V.	NO HAY INFORMACIÓN	INDEMNIZACIÓN RELACIONADA CON UN PROYECTO DE TELECOMUNICACIONES (REDES RURALES)
14	ARB/21/10	12-03-2021	TELFÓNICA S.A.	NO HAY INFORMACIÓN	RELACIONADO CON EL COBRO DE LA SUNAT DE DEUDAS POR PAGO DE IMPUESTO A LA RENTA
15	ARB/21/28	19-05-2021	APM TERMINALS CALLAO S.A.	NO HAY INFORMACIÓN	NO HAY INFORMACIÓN
16	ARB/21/29	20-05-2021	KALOTI METALS & LOGISTICS, LLC	75 (MONTO ESTIMADO)	RELACIONADO CON UNA INVESTIGACIÓN SEGUIDA EN CONTRA DEL DEMANDANTE POR PRESUNTO COMERCIO ILEGAL DE ORO Y LAVADO DE ACTIVOS
17	ARB/21/41	20-08-2021	METRO DE LIMA LINEA 2 S.A.	NO HAY INFORMACIÓN	RELACIONADO CON EL INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO DE CONCESIÓN POR UN CÁLCULO DE DAÑOS SOLICITADO POR EL DEMANDANTE
18	ARB/21/45	23-09-2021	CONCESIONARIA PERUANA DE VÍAS – COVINCA S.A.	NO HAY INFORMACIÓN	RELACIONADO CON EL INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO DE CONCESIÓN DE CONSTRUCCIÓN Y OPERACIÓN DE UNA CARRETERA
19	ARB/21/57	06-12-2021	METRO DE LIMA LÍNEA 2 S.A.	NO HAY INFORMACIÓN	RELACIONADO CON INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL EN EL PROYECTO DE CONSTRUCCIÓN DE LA LÍNEA 2 METRO DE LIMA
20	ARB/21/60	10-12-2021	VINCI HIGHWAYS SAS and VINCI CONCESSIONS SAS	NO HAY INFORMACIÓN	RELACIONADO CON CONTROVERSA SOBRE EL REAJUSTE TARIFARIO DE PEAJES EN LA LÍNEA AMARILLA
21	ARB/21/65	23-12-2021	ENAGÁS INTERNACIONAL S.L.U.	NO HAY INFORMACIÓN	RELACIONADO POR INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL POR LA INVERSIÓN EFECTUADA EN TRANSPORTADORA DE GAS DEL PERÚ (TGP) Y OTRO
22	ARB/22/19	13-07-2022	UPLAND OIL AND GAS LLC (USA) and UPLAND OIL AND GAS LLC (PERU)	NO HAY INFORMACIÓN	RELACIONADO CON CONTROVERSA SOBRE LICENCIA DE EXPLOTACIÓN DE GAS Y PETRÓLEO

Asimismo, para cada controversia se constituye un tribunal “ad hoc” que resolverá el caso concreto y cuya decisión no tiene condición de jurisprudencia vinculante para otros casos, lo que deviene en que existan decisiones con posiciones opuestas sobre una controversia similar; aunque se reconoce que los arbitrajes se vienen constituyendo en una importante fuente de jurisprudencia internacional respecto de los derechos de los inversionistas extranjeros y de los Estados³¹.

Franz Kundmuller³² destaca la importancia que en los últimos años ha adquirido el arbitraje Inversionista - Estado, cuando señala: *“Si reparamos en que durante décadas el arbitraje entre Estados e inversionistas prácticamente no existía, el volumen actual de casos demuestra una dinámica muy fuerte en el campo de las relaciones jurídico económicas entre países, así como entre inversionistas y Estados, bajo el ámbito de aplicación del DII y como correlato de los miles de AIIIs actualmente en vigencia”*.

Además, para Sornarajah³³ la cláusula arbitral en los Tratados Bilaterales de Inversión es un mayor avance para asegurar la protección de los inversionistas extranjeros al permitirles el acceso directo a un foro neutral para la solución de disputas que podrían tener con el Estado receptor de la inversión y que sugiere una “despolitización” de la contienda, al no tratarse de una disputa entre los Estados parte que afecte sus mutuas relaciones internacionales.

Es de indicar que la disputa entre el inversionista y el Estado puede plantearse respecto de una variedad de medidas legislativas, administrativas, políticas y hasta judiciales consideradas como violatorias del tratado, que involucran aspectos de índole tributaria, seguridad social, salud, medio ambiente, servicios públicos de agua potable, saneamiento, electrificación, entre otros, incluyendo asuntos sobre derechos humanos, lo que significa cuestionar la aplicación de una regulación doméstica a manera de un

³¹ SALACUSE, Jeswald W. *The Law of Investment Treaties*, Oxford University Press, Primera Edición, New York, Estados Unidos de América, 2010, pag. 147.

³² KUNDMULLER, Franz. “Apuntes sobre el derecho internacional de las inversiones y el interés público”. En: *Revista de Derecho Administrativo* Nro. 7, Año 4 – Circulo de Derecho Administrativo – Mayo 2009, Lima, Perú, pag. 287.

³³ SORNARJAH, M. Op. Cit. pag. 216.

control del ejercicio de la autoridad pública y exigir el pago de una indemnización por las consecuencias de dichas medidas, que a decir de Gus Van Harten³⁴, convierte las decisiones arbitrales en una situación similar a las de un tribunal judicial nacional que resuelve demandas individuales contra el Estado bajo el derecho administrativo o constitucional, determinando la legalidad de la actividad gubernamental, el modo como las personas deberían ser protegidas de la regulación estatal y el correcto rol del Estado.

En el caso del Perú, la Constitución Política de 1993, en su artículo 62, admite que el arbitraje es una forma de resolver los conflictos entre las partes contratantes. El primer párrafo de dicho artículo señala: *“La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. (...)”*. Asimismo, el último párrafo del artículo 63 señala lo siguiente: *“(...) El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.”*

El arbitraje internacional viene teniendo un gran desarrollo en los últimos años, y está vinculado con el incremento del intercambio comercial mundial. Al respecto, Gonzalo García Calderón³⁵ señala que: *“el arbitraje internacional nace dentro del contexto del Comercio Mundial, generándose un auge creciente a partir de la segunda guerra mundial, convirtiéndose en masivo a partir de la globalización de la economía, aunado a la tecnología y a la informática, al permitir solucionar controversias sin tener que*

³⁴ VAN HARTEN, Gus. *“Investment Treaty Arbitration and Public Law”*. Oxford University Press. Oxford, Gran Bretaña, 2008, pag. 71. Dicho autor señala que el arbitraje internacional de inversiones por su capacidad de revisar y controlar la conducta de los Estados en la esfera pública, constituye el denominado “derecho administrativo global”, concepto que desarrolla en su artículo “Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law”, disponible en la página web de: European Journal of International Law, en la dirección web: <http://www.ejil.org/article.php?article=65&issue=1> (visitado el 10-11-2021).

³⁵ GARCIA CALDERON MOREYRA, Gonzalo. *El Arbitraje Internacional en la Sección Segunda de la Ley N° 26572, CECOSAMI S.A.*, Lima, 2004, pag. 41.

recurrir a las jurisdicciones ordinarias en los conflictos con elementos internacionales, convirtiéndose en el pilar jurídico del desarrollo comercial de los pueblos”.

La importancia del arbitraje ha sido destacada por el Tribunal Constitucional, que en el expediente N° 6167-2005-PHC/TC, fundamento jurídico N° 10, ha señalado que: *“El arbitraje no puede entenderse como un mecanismo que desplaza al Poder Judicial, ni tampoco como su sustitutorio, sino como una alternativa que complementa al sistema judicial puesta a disposición de la sociedad para la solución de controversias. Y que constituye una necesidad, básicamente para la solución de conflictos patrimoniales de libre disposición y sobre todo para la resolución para las controversias que se generan en la contratación internacional.”*

En la legislación nacional, el arbitraje es regulado mediante el Decreto Legislativo N° 1071, Ley que norma el arbitraje, cuyo artículo 74, estipula que: *“Son laudos extranjeros los pronunciados en un lugar que se halle fuera del territorio peruano. Serán reconocidos y ejecutados en el Perú de conformidad con los siguientes instrumentos, teniendo en cuenta los plazos de prescripción previstos en el derecho peruano: a. La Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencia Arbitrales Extranjeras, aprobado en Nueva York el 10 de junio de 1958, o b. La Convención Interamericana de Arbitraje Comercial Internacional, aprobada en Panamá el 30 de enero de 1975, o, c. Cualquier otro tratado sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales del cual sea parte el Perú. (...)”*; mientras que en su Décimo Cuarta Disposición Complementaria, sobre la ejecución de laudos emitidos en un arbitraje del CIADI, indica que: *“Para la ejecución del laudo expedido por un tribunal arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) serán de aplicación las normas que regulan el procedimiento de ejecución de sentencias emitidas por tribunales internacionales, como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en cualquier Estado, al amparo del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, aprobado en Washington el 18 de marzo de 1965.”*

De ahí que el arbitraje internacional es una alternativa de solución de controversias que permite a los inversionistas salvaguardar sus intereses, teniendo en cuenta una posible falta de imparcialidad y celeridad por parte de la justicia ordinaria. Es por eso que Gonzalo García Calderón³⁶ resalta que: *“la celeridad procesal estriba en que a diferencia de los jueces comunes, los árbitros se avocan al conocimiento de esa causa, a solicitud de las partes, para que en un plazo determinado fallen, poniendo fin al litigio.”*

2.2.- EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA EN EL PERÚ

2.2.1.-Antecedentes y Constitución Histórica

Siguiendo a García Belaunde³⁷, si bien el Perú durante su historia constitucional ha tenido varias constituciones y estatutos que regularon la actividad del Estado – algunas de ellas no tuvieron vigencia o en todo caso fueron efímeras-, sus textos constitucionales a los que se considera formales son los de los siguientes años: 1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860, 1867, 1920, 1933 y 1979 (sin incluir a la Constitución de 1993); por lo que se procederá a revisar las disposiciones contenidas en los textos constitucionales de estos años, a efectos de verificar si contienen alguna regulación sobre inversión extranjera. Al respecto, se puede señalar que la mención propiamente dicha sobre inversión extranjera recién ocurre a partir de la Constitución de 1933; sin embargo, la historia constitucional revela la existencia de disposiciones que reconocían libertades que favorecían la inversión, como es el derecho a la propiedad o el reconocimiento a los extranjeros del derecho de ejercer actividad económica.

Así, **sobre el derecho a la propiedad**, tenemos lo definido por las siguientes Constituciones:

³⁶ GARCÍA CALDERON MOREYRA, Gonzalo. Op.cit. p. 27

³⁷ GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “El Constitucionalismo Peruano en la presente centuria”. En: *Derecho PUCP* Nro. 43 – 44, año 1990, pág. 61. En: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6110/6118> (última visita: 10-11-2021).

-**Constitución de 1823**, que en sus artículos 193 y 194 señalaban el derecho a la propiedad como una de las garantías constitucionales reconocidas de carácter de inviolable y que las autoridades deberían respetar.

-**Constitución de 1826**, que en su artículo 142, estipulaba: *“La libertad civil, la seguridad individual, la propiedad y la igualdad ante la ley, se garantizan a los ciudadanos por la Constitución.”*

-**Constitución de 1828**, que en su artículo 149 señalaba lo siguiente: *“La Constitución garantiza la libertad civil, la seguridad individual, la igualdad ante la ley, y la propiedad de los ciudadanos en la forma que sigue.”*

-**Constitución de 1834**, que en su artículo 161 estipulaba: *“Es inviolable el derecho de propiedad. Si el bien público legalmente reconocido exigiere que se tome la propiedad de algún ciudadano, será previamente indemnizado de su valor.”*

-**Constitución de 1839**, que en su artículo 167 señalaba la inviolabilidad del derecho a la propiedad y que la expropiación se efectúa con indemnización.

-**Constitución de 1856**, que en su artículo 25 establecía que: *“La propiedad es inviolable a nadie se puede privar de la suya, sino por causa de utilidad pública legalmente probada y previa indemnización justipreciada.”*

-**Constitución de 1860**, que dentro de las garantías individuales, estipulaba en su artículo 26 que: *“La propiedad es inviolable, bien sea material, intelectual, literaria o artística: a nadie se puede privar de la suya, sino por causa de utilidad pública, probada legalmente y previa indemnización justipreciada.”*

- **Constitución de 1867**, que en su artículo 25 disponía que: *“La propiedad es inviolable, bien sea material o intelectual. Nadie puede ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública, probada legalmente, y previa indemnización justipreciada.”*

- **Constitución de 1920**, que en su artículo 38 señalaba que: *“La propiedad es inviolable bien sea material, intelectual, literaria o artística. A nadie se puede privar de la suya sino por causa de utilidad pública probada legalmente y previa indemnización justipreciada. La propiedad, cualquiera que sea el propietario, está regida exclusivamente por las leyes de la República y se halla sometida a las contribuciones, gravámenes y limitaciones que ellas establezcan. No pueden ser materia de propiedad privada las cosas públicas cuyo uso es de todos como los ríos y caminos públicos. Se prohíbe las vinculaciones, y de toda propiedad es enajenable en la forma que determinen las leyes.”*

- **Constitución de 1933**, que en su artículo 29 estipulaba lo siguiente: *“La propiedad es inviolable, sea material, intelectual, literaria o artística. A nadie se puede privar de la suya sino por causa de utilidad pública probada legalmente y previa indemnización justipreciada.”* Además, en su artículo 38 se indicaba que: *“El Estado puede, en virtud de una ley, tomar a su cargo o nacionalizar los transportes terrestres, marítimos, fluviales, lacustres, aéreos u otros servicios públicos de propiedad privada, previa indemnización y de conformidad con las leyes existentes.”*

-**Constitución de 1979**, que en su artículo 124 señaló: *“La propiedad obliga a usar los bienes en armonía con el interés social. El Estado promueve el acceso a la propiedad en todas sus modalidades. La Ley señala las formas, obligaciones, limitaciones y garantías del derecho de propiedad.”*; mientras que en su artículo 125 se estableció que: *“La propiedad es inviolable. El Estado la garantiza. A nadie puede privarse de la suya sino por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social, declarada conforme a ley, y previo el pago en dinero de una indemnización que debe pagarse necesariamente en dinero y en forma previa.”*

De otro lado, **sobre libertad de empresa y libertad de trabajo**, tenemos lo dispuesto por las siguientes Constituciones:

-Constitución de 1826, que en artículo 148 señalaba que: *“Ningún género de trabajo, industria o comercio puede ser prohibida, a no ser que se oponga a las costumbres públicas, a la seguridad, y a la salubridad de los peruanos.”*

-Constitución de 1828, que en su artículo 166 estipulaba que: *“Es libre todo género de trabajo, industria o comercio: a no ser que se oponga a las costumbres públicas o a la seguridad y salubridad de los ciudadanos.”*

-Constitución de 1834, que en su artículo 162 establecía que: *“Es libre todo género de trabajo, industria o comercio, a no ser que se oponga a las buenas costumbres o a la seguridad y salubridad de los ciudadanos, o que lo exija el interés nacional, previa disposición de una ley.”*

-Constitución de 1839, cuyo artículo 169 señalaba que: *“es libre todo género de trabajo, industria o comercio, a no ser que se oponga a las costumbres públicas, o a la seguridad, o salubridad de los ciudadanos.”*

-Constitución de 1856, que disponía en su artículo 22 que: *“es libre todo trabajo que no se oponga a la moral, seguridad o salubridad pública.”*

- Constitución de 1860, cuyo artículo 23 señalaba que: *“Puede ejercerse libremente todo oficio, industria o profesión que no se oponga a la moral, a la salud ni a la moral pública.”*

-Constitución de 1920, cuyo artículo 45 estipulaba que: *“La Nación reconoce la libertad de comercio e industria sometidos a los requisitos y a las garantías que para su ejercicio prescriben las leyes. Estas podrán establecer o autorizar al Gobierno para que fije limitaciones y reservas en el ejercicio de las industrias, cuando así lo imponga la seguridad o necesidad pública, sin que en ningún caso, esas restricciones tengan carácter personal ni de confiscación.”*; mientras que en su artículo 46 señalaba: *“La Nación garantiza la libertad de trabajo pudiendo ejercerse libremente todo oficio,*

industria o profesión que no se oponga a la moral, a la salud ni a la seguridad pública. (...).”

-Constitución de 1933, que en su artículo 40 estipuló que: *“el Estado reconoce la libertad de comercio e industria. La ley señalará los requisitos a que sujeta su ejercicio y las garantías que le acuerda. Cuando lo exijan la seguridad o la necesidad públicas, podrá la ley establecer limitaciones o reservas en dicho ejercicio, o autorizar al Poder Ejecutivo para que los establezca, sin que en ningún caso tales restricciones tengan carácter personal ni de confiscación.”*; mientras que en su artículo 42 señaló que: *“El Estado garantiza la libertad de trabajo. Puede ejercerse libremente toda profesión, industria u oficio que no se oponga a la moral, a la salud ni a la seguridad pública.”*

-Constitución de 1979, cuyo artículo 112 dispuso: *“El Estado garantiza el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia democrática de diversas formas de propiedad y de empresa. Las empresas estatales, privadas, cooperativas, autogestionarias, comunales y de cualquier otra modalidad actúan con la personería jurídica que la ley señala de acuerdo con sus características.”*; mientras que el artículo 115 señaló: *“La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. El estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social.”*

En cuanto a los **derechos de extranjeros o promoción de la inversión extranjera**, tenemos lo tratado por las siguientes Constituciones:

-Constitución de 1823, que en su artículo 18 señalaba: *“Es también ciudadano el extranjero que obtuviere carta de ciudadanía”*, para señalar en el artículo los requisitos para obtener dicha carta.

-Constitución de 1826, cuyo artículo 15 señalaba que se consideraban como ciudadanos a los extranjeros que obtuvieran carta de ciudadanía.

-Constitución de 1828, cuyo artículo 4 disponía que son ciudadanos de la Nación Peruana, entre otros: “(...) 3.- *Los extranjeros que hayan servido o sirvieren en el Ejército y Armada de la República; 4.- Los extranjeros avocindados en el República desde antes del año veinte, primero de la independencia, con tal que prueben, conforme a la ley, haber vivido pacíficamente en ella, y se inscriban en el registro nacional.; y 5.- Los extranjeros establecidos posteriormente en la República o que se establecieron, obteniendo carta de ciudadanía conforme a la ley.(...)”*

-Constitución de 1834, cuyo artículo 3 establecía que son ciudadanos, entre otros: “(...) 3.- *Los extranjeros que hayan servido en el Ejército, o en la Armada de la República.;* 4.- *Los extranjeros casados con peruana, que profesen alguna ciencia, arte o industria, y hayan residido dos años en la República.;* 5.- *Los extranjeros que obtengan carta de ciudadanía.”*

-Constitución de 1839, cuyo artículo 6 señalaba que eran peruanos por naturalización, entre otros: “(...) 2.-*Los extranjeros que hayan servido fielmente en el Ejército o Armada.;* (...) 4.- *Los extranjeros establecidos posteriormente que siendo profesores de alguna ciencia, arte o industria útil y teniendo cuatro años de residencia, se inscriban en el Registro Cívico; 5.- Los españoles desde que manifiesten su voluntad de domiciliarse en el país, y se inscriban en el Registro Cívico. (...).”*

-Constitución de 1856, que en su artículo 26 disponía que: “*Todo extranjero podrá adquirir conforme a las leyes, propiedad territorial en la República, quedando, en todo lo concerniente a dicha propiedad, sujeto a las obligaciones y en el goce de los derechos de peruano.”*

-Constitución de 1860, que en su artículo 28 consideraba como garantía individual que: “*Todo extranjero podrá adquirir, conforme a las leyes, propiedad territorial en la República, quedando en todo lo concerniente a dicha propiedad, sujeto a las obligaciones y en el goce de los derechos de peruano.”*

-Constitución de 1867, que en su artículo 26 disponía: *“Todo extranjero puede adquirir en la República propiedad territorial, conforme a las leyes; quedando, en todo lo concerniente a dicha propiedad, sujeto a las obligaciones y en el goce de los derechos de peruano.”*

-Constitución de 1920, cuyo artículo 39 estipulaba que: *“Los extranjeros, en cuanto a la propiedad, se hallan en la misma condición que los peruanos, sin que en ningún caso pueden invocar al respecto situación excepcional ni apelar a reclamaciones, diplomáticas. En una extensión de cincuenta kilómetros distante de las fronteras, los extranjeros no podrán adquirir ni poseer, por ningún título, tierras, aguas, minas y combustibles, directa o indirectamente, ya sea individualmente o en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, la propiedad adquirida, salvo el caso de necesidad nacional declarada por ley especial.”*

-Constitución de 1933, cuyo artículo 17 establecía que: *“Las compañías mercantiles, nacionales o extranjeras, están sujetas, sin restricciones, a las leyes de la República. En todo contrato del Estado con extranjeros, o en las concesiones que otorga aquél a favor de éstos, debe constar el sometimiento expreso de los segundos a las leyes y a los tribunales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática”*; en su artículo 32 disponía que: *“Los extranjeros están, en cuanto a la propiedad, en la misma condición que los peruanos, sin que en ningún caso puedan invocar al respecto situación excepcional ni apelar a reclamaciones diplomáticas”*; y en su artículo 36 señalaba: *“Dentro de 50 kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por ningún título, tierras, aguas, minas o combustibles, directa o indirectamente, individualmente o en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, la propiedad adquirida, excepto el caso de necesidad nacional declarada por ley expresa.”*

-Constitución de 1979, cuyo artículo 126 señalaba que: *“La propiedad se rige exclusivamente por las leyes de la República. En cuanto a la propiedad, los extranjeros, personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que,*

en caso alguno, puedan invocar al respecto situaciones de excepción ni protección diplomática. Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir, ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho adquirido. Se exceptúa en el caso de necesidad nacional declarada por ley expresa.”

Asimismo, el artículo 136 prescribía que: *“Las empresas extranjeras domiciliadas en el Perú están sujetas sin restricciones a las leyes de la República. En todo contrato que con extranjeros celebran el Estado o las personas de derecho público o en las condiciones que se les otorgan, debe constar el sometimiento expreso de aquellos a las leyes y tribunales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero. (...)”*

2.2.2.-Régimen de Protección de inversiones extranjeras en el Perú en la Constitución Política de 1993 y disposiciones legislativas

Las disposiciones de la Constitución de 1993 sobre la economía social de mercado están contenidas en los siguientes artículos: **artículo 58.-** *“La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.”*; **artículo 59.-** *“El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.”*; **artículo 60.-** *“El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. (...)”*; **artículo 61.-** *“El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios. (...)”*; **artículo 62.-** *“La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los*

*términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. Mediante contratos – ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.”³⁸; **artículo 63.-** “La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. (...). En todo contrato del Estado y de las personas de derecho público con extranjeros domiciliados consta el sometimiento de éstos a las leyes y órganos jurisdiccionales de la República y su renuncia a toda reclamación diplomática. Pueden ser exceptuados de la jurisdicción nacional los contratos de carácter financiero. (...)”; **artículo 64.-** “El Estado garantiza la libre tenencia y disposición de moneda extranjera.”; **artículo 65.-** “El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.”; **artículo 70.-** “El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. (...)”; y **artículo 71.-** “-En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática. Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se*

³⁸En la sentencia recaída en el Expediente N° 005-2003-AI/TC, que analizó la demanda de inconstitucionalidad contra artículos, disposiciones finales y transitorias de la Ley N° 26285, que autoriza la suscripción del contrato- ley de concesión celebrado entre el Perú y Compañía Peruana de Teléfonos (Telefónica del Perú S.A.A.), el Tribunal Constitucional señaló respecto del contrato – ley, que: “(...) Esta institución no tiene precedentes en nuestro constitucionalismo histórico y tampoco en el constitucionalismo comparado. (...). Su aparición y posterior desarrollo, ha estado básicamente vinculado con la promoción de las inversiones privadas. (...)”. (fundamento jurídico Nro. 32).

exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley.”

Como se puede apreciar, el derecho a la propiedad, el derecho de los ciudadanos extranjeros y la libertad de trabajo y empresa vienen siendo protegidos desde los albores de nuestra historia constitucional; no obstante y al igual que sucedió con las Constituciones de 1933 y 1979, la Constitución vigente de 1993 agrupa estos derechos en un capítulo dedicado al régimen económico y destaca la iniciativa privada como motor del desarrollo económico, equiparando la inversión nacional y extranjera en igualdad de condiciones; y relegando al Estado a un rol de promotor y actor subsidiario en la actividad empresarial, distanciándose del modelo establecido en la Constitución de 1979 en la que el Estado era el planificador de la economía.

Como ya se mencionó, si bien la Constitución de 1979 ya reconocía en su artículo 115 a la economía social de mercado, sin embargo dicho texto fundamental tenía otras disposiciones que establecían que el Estado tenía facultades para dirigir la economía y orientar el desarrollo del país, como eran sus artículos 110³⁹ y 111⁴⁰ así como la facultad de reserva del Estado de algunas actividades económicas (art. 114⁴¹); lo cual por cierto era distinto de la Constitución de 1993 que redefine el papel del Estado.

2.2.2.1.-Normas dictadas antes de la vigencia de la Constitución de 1993 para promover la inversión privada

La protección a la inversión privada en el Perú tuvo un impulso a partir de las reformas económicas emprendidas con el gobierno del ex presidente Alberto Fujimori (1990 –

³⁹ Artículo 110 de la Constitución de 1979.- *“El régimen económico de la República se fundamenta en principios de justicia social orientados a la dignificación del trabajo como fuente principal de riqueza y como medio de realización de la persona humana. El Estado promueve el desarrollo económico y social mediante el incremento de la producción y de la productividad, la racional utilización de los recursos, el pleno empleo y la distribución equitativa del ingreso. Con igual finalidad, fomenta los diversos sectores de la producción y defiende el interés de los consumidores.”*

⁴⁰ Artículo 111 de la Constitución de 1979.- *“El Estado formula la política económica y social mediante planes de desarrollo que regulan la actividad de los demás sectores. La planificación una vez concertada es de cumplimiento obligatorio.”*

⁴¹ Artículo 114 de la Constitución de 1979.- *“Por causa de interés social o seguridad nacional, la ley puede reservar para el Estado actividades productivas o de servicios. Por iguales causas puede también el Estado establecer reservas de dichas actividades a favor de los peruanos.”*

2000), cuando aún estaba vigente la Constitución de 1979. Como se hizo mención línea arriba, esta Constitución no plasmaba en la realidad la economía social de mercado que propugnaba y explicitaba como modelo económico del Estado en su artículo 115, lo cual sería recién redefinido en la Constitución de 1993. Así, desde los meses de mayo hasta noviembre del año 1991 y al amparo de las facultades delegadas al el Poder Ejecutivo mediante la Ley N° 25327⁴², se dictaron diversas leyes que implicaron reformas liberalizadoras en cuanto al rol del Estado en la economía a fin de incentivar la iniciativa privada, fomentar la libertad de empresa y promover la inversión extranjera además de eliminar monopolios y privatizar las empresas públicas⁴³.

Se puede mencionar entonces las siguientes normas promulgadas al amparo de la Ley N° 25327:

-Decreto Legislativo N° 645, que faculta a cooperativas y empresas, cualquiera sea su modalidad, para realizar labores en los puertos marítimos, fluviales o lacustres, en las faenas de embarque, desembarque, transbordo y movilización de carga en naves mercantes. Dicha norma fue publicada el 6 de julio de 1991, con el fin de crear condiciones para desarrollar la inversión privada en provecho de la actividad exportadora y que reduzca el costo del trabajo marítimo, fluvial y lacustre, para que la actividad exportadora tenga precios competitivos. Dicha norma está vigente.

-Decreto Legislativo N° 653, que aprueba la Ley de Promoción de Inversiones en el Sector Agrario, que promueve el uso de las tierras y las aguas a fin de proteger, conservar y regular el aprovechamiento de los recursos relacionados con las actividades agropecuarias. Según el artículo 2 de dicha ley, entre las garantías que se otorgan para el

⁴² Mediante la Ley Nro. 25327, se delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de dictar decretos legislativos que creen las condiciones necesarias para la inversión privada en los diferentes sectores productivos.

⁴³ En el editorial del diario “El Comercio” de Lima aparecido en la página A2 de su edición del 16 de noviembre de 1991, se mencionó lo siguiente: “En uso de las facultades delegadas por el Congreso, el Poder Ejecutivo no termina de publicar aún alrededor de un centenar de Decretos Legislativos. Este es un verdadero huayco legislativo...El comentario se repitió en todas partes. En los medios empresariales, en los principales partidos políticos las nuevas normas fueron bien recibidas. Los expertos se disputaron El Peruano para conocer, al vuelo de pájaro, los textos legales. Todos están dirigidos a modernizar la estructura administrativa del país para lograr los tres objetivos precisados en la ley: la Pacificación Nacional, el Fomento del Empleo y el Crecimiento de la Inversión Privada. (...) El gobierno madrugó al Parlamento. En 150 días ha dado las leyes que el Parlamento no pudo o no quiso aprobar en 16 meses.”

desarrollo de dichas actividades, se contemplan: “(...) a. *El Estado otorga seguridad jurídica sobre la tenencia y propiedad de las tierras rústicas. Los derechos reales sobre ellas, se rigen por el Código Civil y las disposiciones contenidas en la presente Ley.*”; “b. *Se promueve el pluralismo económico, permitiendo el acceso a la propiedad de la tierra a cualquier persona natural o jurídica.*”; y “c.- *La inversión extranjera en la actividad agraria tiene el mismo tratamiento que la inversión nacional.*”. Dicha norma fue publicada el 1º de agosto de 1991 y se encuentra vigente.

-Decreto Legislativo N° 655, que elimina todo monopolio o exclusividad por parte de Petro-Perú y sus filiales respecto a comercialización de hidrocarburos, la cual señalaba que toda actividad relacionada con hidrocarburos podía ser ejecutada por personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, a fin de promover la inversión privada en dicho sector. Es por ello que, entre otros, se facultó a Petro-Perú a negociar y celebrar contratos con extranjeros para que participen en las operaciones de Petro-Perú. Fue publicado el 7 de agosto de 1991 y ya no está vigente conforme la Ley N° 29477.

-Decreto Legislativo N° 662, que aprueba el Régimen de Estabilidad Jurídica para la inversión extranjera. Esta norma es de trascendental importancia por cuanto describe los derechos a favor de los inversionistas extranjeros, a fin de que inviertan en las diversas actividades económicas del Perú, eliminando obstáculos a sus inversiones. Algunos artículos de dicha norma, que mencionan dichas garantías, son los siguientes: artículo 2.- “*Los inversionistas extranjeros y las empresas en las que éstos participan tienen los mismos derechos y obligaciones que los inversionistas y empresas nacionales, sin más excepciones que las que establecen la Constitución Política del Perú y las disposiciones del presente Decreto Legislativo. En ningún caso el ordenamiento jurídico nacional discriminará entre inversionistas ni entre empresas en función a la participación nacional o extranjera en las inversiones.*”; artículo 4.- “*El derecho de propiedad de los inversionistas extranjeros no tienen más limitaciones que las que establece la Constitución Política del Perú*”; artículo 5.- “*Los derechos de propiedad intelectual e industrial de los inversionistas extranjeros se sujetan a las mismas condiciones que se aplican a los inversionistas nacionales.*”; artículo 6.- “*Los*

inversionistas extranjeros gozan de los derechos a la libertad de comercio e industria y a la libertad de exportación e importación.”; artículo 7.- “Se garantiza el derecho de los inversionistas a transferir al exterior, en divisas libremente convertibles, sin autorización previa de ninguna autoridad del Gobierno Central u organismos públicos descentralizados, Gobiernos Regionales o Gobiernos Municipales, previo pago de los impuestos de ley, (...)”; artículo 10.- *“Con el solo requisito de haber presentado ante el Organismo Nacional Competente el Formulario Preliminar de Inversión, y; con anterioridad o dentro de los doce (12) meses siguientes a la obtención del título habilitante, el referido Organismo Nacional Competente, en representación del Estado, podrá celebrar convenios para garantizar a los inversionistas, los siguientes derechos: a) Estabilidad del régimen tributario vigente al momento de celebrarse el convenio. (...); b) Estabilidad del régimen de libre disponibilidad de divisas y de los derechos contemplados en los artículos 7 y 9 del presente Decreto Legislativo; c) Estabilidad del derecho a la no discriminación contemplado en el artículo 2 del presente Decreto Legislativo.”.* La norma fue publicada el 2 de setiembre de 1991 y se encuentra vigente.

-Decreto Legislativo N° 674, que aprueba la Ley de Promoción de la Inversión Privada en las empresas del Estado, el cual otorga garantías a los inversionistas privados para que adquieran acciones y bienes de empresas públicas, con el fin de lograr su modernización. Según el artículo 2 de dicha norma, las modalidades por las que se promueve el crecimiento de la inversión privada en las empresas públicas son: *“a. La transferencia del total o de una parte de sus acciones y/o activos, en este último caso, incluso mediante la permuta de bienes inmuebles, en cuyo caso serán de aplicación las normas que regulan el Sistema Nacional de Bienes Estatales.; b. El aumento de su capital; c. La celebración de contratos de asociación, “joint venture”, asociación en participación, prestación de servicios, arrendamiento, gerencia, u otros similares.; d. La disposición o venta de sus activos, cuando ello se haga con motivo de su disolución y liquidación. (...).”.* Esta norma fue publicada el 27 de setiembre de 1991 y se encuentra vigente.

-Decreto Legislativo N° 676, que declara de interés nacional la rehabilitación y el mantenimiento de la infraestructura vial del país, por la que se autoriza al Ministerio de Transportes y Comunicaciones otorgar en concesión a personas o empresas del sector privado los tramos de la red vial nacional que dicho ministerio estime conveniente, a fin de que efectúen la rehabilitación y mantenimiento de las vías. Esta norma fue publicada el 6 de octubre de 1991 y se encuentra vigente.

-Decreto Legislativo N° 690, que declara de preferente interés nacional la inversión privada en la actividad ferroviaria, por la que se prohibieron el monopolio y las prácticas restrictivas en la actividad ferroviaria, dándose en concesión tramos de vía férrea para que los concesionarios se ocupen de su rehabilitación y mantenimiento. Asimismo, se declara la reorganización de la Empresa Nacional de Ferrocarriles (Enafer – Perú), haciendo hincapié en que dichas concesiones a través de licitación pública, nacional o internacional podrán ser obtenidas por empresas extranjeras⁴⁴. Fue publicado el 6 de noviembre de 1991 y se encuentra vigente.

-Decreto Legislativo N° 696, Ley de Promoción Privada en Acciones de Renovación Urbana, por la cual se contempla la inversión privada para prevenir y controlar el deterioro urbano, recuperar y revitalizar las áreas urbanas deterioradas, rehabilitar los predios en situación de riesgo, o recuperar y proteger los centros históricos, pudiendo ser cualquier persona (natural o jurídica) la que ejecute el proyecto de renovación urbana. Fue publicado el 7 de noviembre de 1991 y se encuentra vigente.

-Decreto Legislativo N° 697, Ley de Promoción de la Inversión Privada en el Campo de Saneamiento, que declara de interés la promoción de inversión privada en las actividades de explotación de los servicios de agua potable, alcantarillado, disposición de excretas y reúso de aguas servidas y limpieza pública; siendo que el inversionista, ya sea nacional o extranjero, que ejecute alguna de estas actividades,

⁴⁴ Cabe señalar que no obstante la finalidad promotora de la norma para desarrollar la infraestructura ferroviaria, ésta no ha sido objeto de inversión por la empresa privada, al punto que si en 1851 en que se construyó el primer ferrocarril, el Perú llegó a tener 4,500 kilómetros de rieles, ahora existen 1,600 kilómetros operativos y 6 líneas, de las que una es privada y otra está inactiva, conforme se menciona en el artículo: “Los primeros sistemas de transporte del Perú. El País de las más de 77 líneas férreas” de Alvaro Gastañadui Ramirez, en el diario “El Comercio” de Lima, del 13 de marzo de 2013, Sección Economía, página B6.

gozará del derecho de estabilidad jurídica del Decreto Legislativo N° 662. Fue publicado el 7 de noviembre de 1991 y se encuentra vigente.

-Decreto Legislativo N° 709, Ley de Promoción a la Inversión Privada en Predios para Arrendamiento, que prevé un régimen de incentivos de fomento a las inversiones en la construcción de viviendas para alquiler y otorga beneficios y exoneraciones para las personas naturales y jurídicas que inviertan en la construcción de viviendas. Fue publicado el 8 de noviembre de 1991 y se encuentra vigente.

-Decreto Legislativo N° 750, Ley de Promoción de las Inversiones en el Sector Pesquero. Esta norma fue dictada para promover la inversión privada en el sector pesquero y acuícola, para lo cual, entre otros, otorgaba beneficios arancelarios para la importación de equipos y maquinarias para la construcción de embarcaciones pesqueras, así como para las actividades pesqueras y acuícolas, además que dispuso que las concesiones, licencias y autorizaciones serían otorgadas a nivel nacional y en el caso de la actividad de extracción y transformación, éstas podrían ser efectuadas por armadores pesqueros nacionales o extranjeros. Dicha norma fue publicada el 13 de noviembre de 1991 y no se encuentra vigente conforme la Ley N° 29477.

-Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, publicado el 13 de noviembre de 1991 y vigente a la fecha. Esta norma es de suma importancia entre las dictadas por el Poder Ejecutivo, pues marca las pautas generales para garantizar la libre iniciativa privada en la actividad económica⁴⁵. De esta forma, se garantiza, entre otros: la libre iniciativa privada y el pluralismo económico; la no limitación para invertir en las actividades económicas con excepción del sistema financiero u otra que se establezca; la derogación de la reserva a favor del Estado de que realice actividad económica; la igualdad de condiciones entre empresa privada y empresa pública; la garantía de protección de la propiedad privada, siendo que la

⁴⁵ En el editorial del diario “El Comercio” de Lima, de fecha 17 de noviembre de 1991, página A2, se señaló respecto del Decreto Legislativo N° 757, lo siguiente: “Se trata de una norma de la mayor importancia, en cuanto constituye un verdadero cambio de rumbo de la vocación estatificante de la inversión estatal que tantos perjuicios ha acarreado al país. En rigor, el decreto significa que el Estado ya no reservará para sí actividad económica de ningún tipo. Por el contrario, su articulado representa un auténtico marco para fomentar la inversión privada, nacional o extranjera, en todas sus modalidades.”

expropiación de empresas o acciones y participaciones sólo se hará en supuestos específicos justificados en razones de interés nacional; la no intervención del Estado en la fijación de la modalidad de producción, uso de insumos, etc. ni en los procesos productivos de las empresas, salvo se traten de normas relacionadas, entre otros, con la conservación del ambiente y la protección de la salud.

Asimismo, se estipula que la empresa puede disponer de sus utilidades y dividendos y recibir el total que le corresponde y se prohíbe que, entre inversionistas nacionales y extranjeros, se produzca discriminación en cuanto a precios, tipos de cambio y derechos no arancelarios.

En cuanto a la estabilidad jurídica de las inversiones, el artículo 38 de dicho decreto legislativo, señala lo siguiente: *“El presente capítulo otorga a los inversionistas nacionales y a las empresas en que éstos participan, un tratamiento igual al establecido en el título II del Decreto Legislativo Nro. 662⁴⁶, de manera tal que las indicadas disposiciones y las contenidas en este capítulo son aplicables en la misma medida a los inversionistas nacionales y extranjeros y a las empresas en que éstos participan. (...)”*; para luego, en su artículo 39, disponer que: *“Los convenios de estabilidad jurídica se celebran al amparo del artículo 1357 del Código Civil⁴⁷ y tienen la calidad de contratos con fuerza de ley, de manera que no pueden ser modificados o dejados sin efecto unilateralmente por el Estado. Tales contratos tienen carácter civil y no administrativo, y sólo podrán modificarse o dejarse sin efecto por acuerdo entre las partes.”*

Sobre los convenios de estabilidad jurídica del Decreto Legislativo N° 757, el Tribunal Constitucional⁴⁸ señaló que en este tipo de contratos: *“ (...) el otorgamiento con carácter de intangible por parte del Estado de determinadas garantías y seguridades a*

⁴⁶ Se refiere a los derechos y garantías, bajo ciertas condiciones, previstos para la estabilidad de la inversión extranjera.

⁴⁷ Artículo 1357 del Código Civil. -Por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato.

⁴⁸ Véase la sentencia recaída en los expedientes N° 0009-2007-PI/TC y 0010-2007-PI/TC, que analizó la demanda de inconstitucionalidad contra diversos artículos de la Ley N° 28925 que modifica la Ley de creación de la APCI y de la Ley N° 28875, que crea el Sistema Nacional Descentralizado de Cooperación Internacional no Reembolsable, F.J. 22.

sus co-contratantes, en función de la actividad económica en cuyo sector se busca promover la inversión privada, compromete y legitima un interés público en su supervisión, a fin de asegurar que dicha actuación privada se desenvuelva de acuerdo con los planes y objetivos trazados en el diseño de la política económica del Estado. (...)”. Para Baldo Kresalja y Cesar Ochoa⁴⁹, con dicho decreto legislativo se da un vuelco sustancial al sentido de la legislación anterior relacionada con la actividad económica privada, liberalizando su contenido, pues: “(...) *Redefine el rol del Estado en lo económico bajo el paraguas de una Constitución que le otorgaba amplísimas facultades de intervención. Dispone que, salvo algunas actividades económicas debidamente puntualizadas, queda derogada toda reserva a favor del Estado; que la actividad pública recibirá el mismo tratamiento de la privada; que se garantiza el pluralismo económico indicándose expresamente que toda empresa tiene el derecho de organizarse bajo cualquier forma empresarial; que la libre competencia implica que los precios resultan de la oferta y la demanda, salvo los referentes a las tarifas de servicio público, etc.(...).* El Decreto Legislativo N° 757, de incuestionable impronta neoliberal, anuncia y adelanta lo que será después el contenido del régimen económico de la Constitución de 1993.”

-Decreto Legislativo N° 758, que dicta normas para la Promoción de las Inversiones Privadas en la Infraestructura de Servicios Públicos. Este dispositivo señala en su artículo 1, lo siguiente: “*El presente Decreto Legislativo promueve la inversión privada en obras de infraestructura y/o de servicios públicos y regula su explotación, para cuyo efecto las entidades a que se refiere el artículo 3 podrán otorgar concesiones a personas jurídicas, nacionales o extranjeras, para la construcción, reparación, conservación y explotación de obras de servicios públicos. La concesión de la obra implica la explotación del servicio. (...)*”; mientras en su artículo 2 establece: “(...) *el concepto de obras públicas comprende, entre otras, obras de infraestructura de transportes, saneamiento ambiental, energía, salud, educación, pesquería, telecomunicaciones, turismo, recreación e infraestructura urbana. El concepto de servicios públicos comprende, entre otros, transporte público, saneamiento, telecomunicaciones,*

⁴⁹ KRESALJA Baldo y OCHOA Cesar. *Derecho Constitucional Económico*, Fondo Editorial PUCP, Primera Edición, Lima, Perú, 2009, pag. 457.

alumbrado público, así como servicios de educación salud y recreación. (...)". Esta norma fue publicada el 13 de noviembre de 1991 y fue consolidada mediante el Decreto Supremo N° 059-96-PCM.

2.2.2.2.-Normas dictadas durante la vigencia de la Constitución de 1993 para promover la inversión privada

Con posterioridad al quiebre constitucional producido el 5 de abril de 1992 y la vigencia de la Constitución Política del 1993, se siguieron promulgando normas destinadas a promover la inversión privada y reafirmar el rol subsidiario del Estado en la economía, la eliminación de trabas a la inversión privada, mejorar la competitividad económica, entre otros. Así, se pueden mencionar:

-Decreto Supremo N° 014-92-EM, que aprueba el TUO de la Ley General del Minería, que fue publicado el 3 de junio de 1992 (antes de la Constitución de 1993) y se encuentra vigente a la fecha. Dicha norma otorga garantías a quienes inviertan en la actividad minera, sea en la exploración, explotación, beneficio o transporte minero, siendo dichas garantías, entre otras: la estabilidad tributaria y cambiaria; la deducción del pago de Impuesto a la Renta si efectúan inversiones en infraestructura que constituya servicio público; no discriminación en materia de tipo de cambio; libertad para remitir utilidades y dividendos; y libre comercio de la producción. Asimismo, se permite deducir del Impuesto a la Renta los gastos de exploración, así como los gastos de desarrollo y preparación que permitan la explotación del yacimiento, bajo determinadas condiciones.

-Decreto Ley N° 25844, Ley de Concesiones Eléctricas, cuyo artículo 1 dispone que: *"(...) Las actividades de generación, transmisión y distribución podrán ser desarrolladas por personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras. Las personas jurídicas deberán estar constituidas con arreglo a las leyes peruanas."*; mientras que en su artículo 106, como uno de los derechos que se reconocen a los concesionarios que se dediquen a las actividades antes indicadas, se contempla: *"(...) b)*

Todas las garantías del Régimen de Estabilidad Jurídica, Estabilidad Tributaria y libre disponibilidad de divisas a los inversionistas nacionales y extranjeros a que se refieren los Decretos Legislativos N° 662, N° 668 y N° 757. (...)”. La norma fue publicada el 19 de noviembre de 1992 (antes de la Constitución de 1993) y se encuentra vigente.

-Ley N° 26505, Ley de la Inversión Privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas. Dicha norma garantiza a toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera el libre acceso a la propiedad de las tierras, salvo la limitación a los extranjeros previsto en el artículo 71 de la Constitución Política de 1993. Este dispositivo fue publicado el 18 de julio de 1995 y se encuentra vigente.

-Decreto Legislativo N° 818, que precisa el inicio de operaciones productivas de empresas que suscriban contratos con el Estado para la exploración, desarrollo y/o explotación de recursos naturales, publicado el 23 de abril de 1996, por el que, según su artículo 1, se otorga la recuperación anticipada del Impuesto General a las Ventas a las empresas que suscriban los contratos que regula esta norma y cuya inversión requiera de un período no mayor a 4 años, siendo que en caso de los contratos de estabilidad tributaria a que se refiere la Ley General de Minería, el período será igual o mayor de 2 años y sólo para las etapas de desarrollo y/o explotación. Este dispositivo se encuentra vigente.

-Decreto Legislativo N° 882, Ley de Promoción de la Inversión en la Educación. Se establecen condiciones y garantías para promover la inversión en servicios educativos, con el fin de modernizar el sistema educativo y ampliar su cobertura, siendo aplicable a todas las instituciones educativas particulares en el territorio nacional, sea institutos, escuelas y universidades. Así, se establece la libre iniciativa privada de toda persona natural o jurídica para realizar actividades en la educación, lo que incluye fundar, promover, conducir y gestionar instituciones educativas particulares, con o sin fin lucrativo, siéndole aplicable todos los derechos y garantías que establecen los Decretos Legislativos N.º 662 y 757. Además, se regula que las instituciones educativas

particulares que reviertan todo o parte de su renta reinvertible en sí mismas o en otras instituciones educativas particulares constituidos en el país, ya sea en infraestructura y equipamiento didáctico para fines de educación y en becas de estudios, tendrán un derecho a crédito tributario por reinversión del 30% del monto reinvertido. Dicha Ley fue publicada el 9 de noviembre de 1996 y ha sido derogada parcialmente en los aspectos referidos a universidades (con la dación de la Ley Nro. 30220, Ley Universitaria) y a institutos y escuelas superiores (con la dación de la Ley Nro. 30512, Ley de Institutos y Escuelas de Educación Superior y de la Carrera Pública de sus Docentes).

-Decreto Legislativo N° 885, Ley de Promoción del Sector Agrario, mediante la cual se pretende promover la inversión y el desarrollo agrario (con excepción de las actividades de avicultura, agroindustria e industria forestal), para lo cual se establecen beneficios tributarios relacionados con una tasa preferencial para el pago del Impuesto a la Renta (según el artículo 5 de dicho decreto legislativo, la tasa de dicho impuesto es del 15% sobre la renta) y la recuperación anticipada del Impuesto General a las Ventas, por la compra de bienes de capital, insumos, servicios y contratos de construcción (según el artículo 5-A, la condición de dicho beneficio es que se encuentren en etapa preproductiva de sus inversiones, que no exceda los 5 años). Esta norma fue publicada el 10 de noviembre de 1996 y se encuentra vigente a la fecha.

-Decreto Supremo N° 059-96-PCM, que aprueba el TUO de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos. Dicha norma reafirma que PROMCEPRI es el único organismo encargado de promover la inversión privada de obras a que se refiere dicho dispositivo, estableciendo la concesión como la modalidad en virtud de la cual, se realiza tal inversión. Así, el artículo 3 de dicho TUO señala: *“Las normas contenidas en el presente Texto Único Ordenado promueven la inversión privada en obras de infraestructura y/o de servicios públicos, y regulan su explotación, para cuyo efecto se podrá otorgar concesiones a personas jurídicas, nacionales o extranjeras, para la construcción, reparación, conservación y explotación de obras públicas de*

infraestructura y de servicios públicos. La concesión de la obra implica la explotación del servicio.” Cabe indicar que el plazo máximo de la concesión es de 60 años. Asimismo, dicha normatividad prevé garantías para la inversión privada, como la que señala el artículo 19, que reza: *“Tratándose de contratos de concesión, el plazo de los convenios de estabilidad jurídica regulada en los Decretos Legislativos N°s 662 y 757, se extenderá por todo el plazo de la concesión. Para el otorgamiento de las garantías y beneficios contemplados en estos dispositivos legales, se aplicarán los plazos y requisitos de la inversión contemplados en los respectivos contratos de concesión, (...).”*. Esta ley fue publicada el 27 de noviembre de 1996 y fue parcialmente derogada por el Decreto Legislativo Nro. 1224, Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en activos.

-Decreto Supremo N° 112-97-EF, que aprueba el TUO de normas con rango de Ley emitidas en relación a los Centro de Exportación, Transformación, Industria, Comercialización y Servicios - CETICOS, fue publicado el 3 de setiembre de 1997 y se encuentra vigente a la fecha. Dicha norma declaró de sumo interés el desarrollo de las zonas sur (eje Matarani – Ilo – Tacna) y norte (eje Paita-Piura-Sullana-Tumbes) del país, a través de la inversión privada en infraestructura de la actividad productiva y de servicios. Con dicho fin, en su artículo 3 se establece que el desarrollo de las actividades autorizadas en los CETICOS: *“(…) está exonerado del Impuesto a la Renta, Impuesto General a las Ventas, Impuesto Selectivo al Consumo, Impuesto de Promoción Municipal, así como de todo tributo, tanto del Gobierno Central como de los Gobiernos Regionales y de las Municipalidades, creado o por crearse, incluso de los que requieran de norma exoneratoria expresa, excepto las aportaciones a EsSalud y las tasas. (...). Estas exoneraciones se aplican hasta el 31 de diciembre de 2022 conforme al plazo que establece la Ley N° 29479, Ley que prorroga el plazo de las exoneraciones de los Centros de Exportación, Transformación, Industria, Comercialización y Servicios (Ceticos).”*. Cabe señalar que mediante Ley Nro. 30446, Ley que establece el marco legal complementario para las zonas especiales de desarrollo, zona franca y zona comercial de Tacna, publicado el 3 de junio de 2016, se cambia la denominación CETICOS por Zonas Especiales de Desarrollo (ZED) y se amplía hasta el 31 de

diciembre de 2042, el plazo de vigencia de los beneficios, exoneraciones y permanencia de mercancías en las ZED de Ilo, Matarani y Paita.

-Ley N° 27037, Ley de Promoción de Inversión en la Amazonía. Esta norma tiene como objeto promover la inversión privada de la Amazonía. Así, además de señalar que la promoción de la inversión debe tener en cuenta la conservación de la biodiversidad biológica de la Amazonía, el desarrollo sostenible de los recursos naturales y el respeto de la cultura de las comunidades campesinas y nativas, se contemplan beneficios tributarios para hacer atractiva la inversión, regulando tasas preferenciales para el pago de algunos impuestos. Estos beneficios se aplicarán por un período de 50 años. Este dispositivo fue publicado el 30 de diciembre de 1998 y se encuentra vigente a la fecha.

-Ley N° 27342, Ley que regula los convenios de estabilidad jurídica al amparo de los Decretos Legislativos N°s 662 y 757, cuyo artículo 1 estipula que: *“A partir de la fecha, en los convenios de estabilidad jurídica que se celebren con el Estado, al amparo de los Decretos Legislativos Núms. 662 y 757, se estabilizará el Impuesto a la Renta que corresponde aplicar de acuerdo a las normas vigentes al momento de la suscripción del convenio correspondiente, sin perjuicio de lo dispuesto en las disposiciones transitorias.”*; mientras que en su artículo 2, se precisan los requisitos para acceder a dicho beneficio: *“A efectos de acceder al régimen de estabilidad jurídica que se suscriban al amparo de lo establecido en los Decretos Legislativos Núms. 662 y 757, los inversionistas deberán comprometerse a efectuar, como mínimo, aportes dinerarios, canalizados a través del Sistema Financiero Nacional, al capital de una empresa establecida o por establecerse o realizar inversiones de riesgo que formalice con terceros, por un monto que no sea inferior a US\$ 10 000 000,00 (Diez millones y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América) para los sectores de minería e hidrocarburos, y no menor a US\$ 5 000 000,00 (Cinco millones y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América) para los demás sectores. (...)”*. Este dispositivo fue publicado el 6 de setiembre de 2000 y se encuentra vigente.

-Ley N° 27343, Ley que regula los Contratos de Estabilidad con el Estado al amparo de las leyes sectoriales, que establece en su artículo 1 lo siguiente: *“1.1 A partir de la fecha, los contratos que se suscriban con el Estado al amparo de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, Ley N° 26221, y los contratos de garantía y medidas de promoción a la inversión minera que se suscriban al amparo de lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería, aprobado por Decreto Supremo N° 014-92-EM, salvo aquellos que se suscriban al amparo de lo establecido en los Decretos Legislativos N°s. 662 y 757, otorgarán una garantía de estabilidad tributaria que incluirá únicamente a los impuestos vigentes, no siendo de aplicación los impuestos que se creen con posterioridad a la suscripción del contrato correspondiente, (...)”*. Según los literales a) y b) del artículo 1.1 de dicha norma, dicha garantía contempla, entre otros: *“a) Se estabilizará el Impuesto a la Renta que corresponde aplicar de acuerdo a las normas vigentes al momento de la suscripción del contrato correspondiente, siendo aplicable la tasa vigente en dicha fecha más 2 (dos) puntos porcentuales.”*, *“b) La estabilidad del Impuesto General a las Ventas, Impuesto Selectivo al Consumo, Impuesto de Promoción Municipal y cualquier otro impuesto al consumo comprenderá únicamente su naturaleza trasladable.”* Esta norma fue publicada el 6 de setiembre de 2000 y se encuentra vigente.

- Ley N° 27360, Ley que aprueba las Normas de Promoción del Sector Agrario, con la que se promovió la inversión y desarrollo de actividades de dicho sector, incluyendo los cultivos y/o crianzas y la actividad agroindustrial, con excepción de la industria forestal, por medio de beneficios a las personas que desarrollen dichas actividades, tales como el pago de una tasa preferencial de Impuesto a la Renta (tasa del 15% de Rentas de Tercera Categoría) y el establecimiento de un régimen especial laboral para los trabajadores con menores beneficios que el régimen de la actividad privada. Dicha norma fue publicada el 31 de octubre de 2000 y fue derogada por la Ley N° 31087 del 6 de diciembre de 2020.

- Ley N° 27460, Ley de promoción y desarrollo de la Acuicultura, que tiene como fin promover la inversión nacional y extranjera en los rubros de investigación, cultivo y

comercialización de productivos de esta actividad, la cual debe efectuarse en armonía con la conservación del medioambiente y la biodiversidad, para cuyo efecto se otorgarán concesiones que pueden contener cláusulas de estabilidad jurídica y por un período de hasta 30 años, prorrogables. Asimismo, se concede beneficio de pago de una tasa preferencial de Impuesto a la Renta y es aplicable el régimen especial laboral que se contempla en la Ley Nro. 27360. Este dispositivo fue publicado el 26 de mayo de 2001 y ha sido parcialmente derogado por el Decreto Legislativo Nro. 1195, que aprueba la Ley General de Acuicultura.

-Decreto Supremo N° 042-2005-EM, TUO de la Ley Orgánica de Hidrocarburos, publicado el 14 de octubre de 2005 y vigente a la fecha, que dispone entre otras garantías a favor de la inversión, las siguientes: artículo 12: *“Los Contratos, una vez aprobados y suscritos, sólo podrán ser modificados por acuerdo escrito entre las partes. Las modificaciones serán aprobadas por Decreto Supremo refrendado por los Ministros de Economía y Finanzas y de Energía y Minas, dentro del mismo plazo establecido en el Artículo 11. Los Contratos de Licencia, así como los Contratos de Servicios, se rigen por el derecho privado, siéndoles de aplicación los alcances del Artículo 1357⁵⁰ del Código Civil.”*; artículo 13: *“Las personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, podrán celebrar Contratos en todo el territorio nacional incluyendo el área comprendida dentro de los cincuenta (50) kilómetros de fronteras. Para efecto de realizar actividades de exploración y explotación o explotación de Hidrocarburos en la zona de frontera antes indicada, la presente Ley Orgánica reconoce que éstas constituyen casos de necesidad nacional y pública.”*; artículo 63. *“El Estado garantiza a los contratistas que los regímenes cambiarios y tributarios vigentes a la fecha de celebración del Contrato, permanecerán inalterables durante la vigencia del mismo, para efectos de cada Contrato. El Banco Central de Reserva del Perú, en representación del Estado, intervendrá en los Contratos aludidos en el párrafo anterior, a fin de garantizar la disponibilidad de divisas de la forma que se detalla en el Artículo 66. Corresponde al Ministerio de Economía y Finanzas, dar cumplimiento a la garantía de estabilidad del régimen tributario señalada en este artículo.”*; y artículo 89: *“Los*

⁵⁰ El artículo 1357 del Código Civil señala lo siguiente: “Por ley, sustentada en razones de interés social, nacional o público, pueden establecerse garantías y seguridades otorgadas por el Estado mediante contrato”.

derechos y garantías establecidos en el Decreto Legislativo N° 662 y en el Decreto Legislativo N° 757, modificatorias y reglamentarias, son de aplicación a las actividades de Hidrocarburos, en lo que la presente Ley no contenga, no se oponga o restrinja lo que en ésta se dispone.”

- **Ley N° 28754, Ley que elimina sobrecostos en la provisión de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos mediante inversión pública o privada**, que dispone en su artículo 1 lo siguiente: *“1.1. Las personas jurídicas que celebren contratos de concesión, a partir de la vigencia de la presente Ley, en virtud de las disposiciones contenidas en el Decreto Supremo N° 059-96-PCM y normas modificatorias y que se encuentren en la etapa pre operativa, obtendrán derecho al reintegro tributario equivalente al Impuesto General a las Ventas que les sea trasladado o que paguen durante dicha etapa, siempre que el mismo no pueda ser aplicado como crédito fiscal. 1.2 El reintegro tributario a que se refiere el numeral anterior comprende únicamente el Impuesto General a las Ventas que haya sido trasladado o pagado en las operaciones de importación y/o adquisición local de bienes intermedios nuevos, bienes de capital nuevos, servicios y contratos de construcción que se utilicen directamente en la ejecución de los proyectos de inversión materia de los respectivos contratos de concesión. (...)”*. Esta ley fue publicada el 6 de junio de 2006 y tiene una vigencia hasta el año 2025.

- **Ley N° 28852, Ley de Promoción de la Inversión Privada en Reforestación y Agroforestería**, por el que se promueve la inversión privada en actividades de reforestación, dando en concesión las tierras forestales eriazas hasta por 60 años, siendo aplicables las garantías de los Decretos Legislativos Nros. 662 y 757 así como la Ley Nro. 27360. Este dispositivo fue publicado el 27 de julio de 2006 y fue parcialmente derogado por la Ley Nro. 29763, Ley Forestal y de Fauna Silvestre.

-**Decreto Legislativo N° 973, que establece el Régimen Especial de Recuperación Anticipada del Impuesto General a las Ventas**, publicado el 10 de marzo de 2007 y vigente a la fecha, que dispone, entre otros, lo siguiente: artículo 2: *“2.1 Establézcase el*

Régimen Especial de Recuperación Anticipada del Impuesto General a las Ventas, consistente en la devolución del IGV que gravó las importaciones y/o adquisiciones locales de bienes de capital nuevos, bienes intermedios nuevos, servicios y contratos de construcción, realizadas en la etapa pre productiva, a ser empleados por los beneficiarios del Régimen directamente en la ejecución del compromiso de inversión del proyecto y que se destinen a la realización de operaciones gravadas con el IGV o a exportaciones. (...)"; y artículo 3: "3.1 Podrán acogerse al Régimen, las personas naturales o jurídicas que realicen inversiones en cualquier sector de la actividad económica que genere renta de tercera categoría. 3.2 Para acogerse al Régimen, las personas naturales o jurídicas deberán sustentar ante la Agencia de Promoción de la Inversión Privada - PROINVERSION el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) La realización de un proyecto en cualquier sector de la actividad económica que genere renta de tercera categoría. El compromiso de inversión para la ejecución del proyecto no podrá ser menor a cinco millones de dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 5 000 000,00) como monto de inversión total incluyendo la sumatoria de todos los tramos, etapas o similares, si los hubiere. Dicho monto no incluye el IGV. No será de aplicación a los proyectos en el sector agrario, el monto del compromiso de inversión señalado precedentemente. b) El proyecto a que se refiere el inciso a) requiera de una etapa pre productiva igual o mayor a dos años, contado a partir de la fecha del inicio del cronograma de inversiones. En el caso de proyectos que se sustentan en contratos o convenios o autorizaciones suscritos u otorgadas por el Estado al amparo de normas sectoriales, la etapa pre productiva se inicia desde la fecha de suscripción del respectivo contrato, convenio u otorgamiento de la respectiva autorización. (...)"

-Ley N° 29230, Ley que impulsa la inversión pública regional y local con participación del sector privado ("obras por impuestos") fue publicada el 20 de mayo de 2008. Esta ley permite que los privados puedan financiar o ejecutar proyectos de inversión pública en infraestructura de agua y desagüe, carreteras, colegios, centros de salud, electrificación rural, pesca, habilitación urbana, desarrollo social, etc., priorizados por los Gobiernos Regionales y Locales, siendo que la inversión que los privados efectúen, será cancelada con la entrega del Certificado "Inversión Pública Regional y

Local – Tesoro Público” (CIPRL), emitido por el MEF, que a su vez, serán utilizados para efectuar pagos a cuenta del Impuesto a la Renta de Tercera Categoría.

Posteriormente, esta ley fue modificada, para incluir, entre otros, disposiciones para permitir la participación de entidades estatales del gobierno nacional dentro de sus alcances, creándose el Certificado de Inversión Pública Gobierno Nacional – Tesoro Público (CIPGN), y también para precisar que la participación del sector privado, contempla la participación de las Cajas Municipales de Ahorro y Crédito, en el financiamiento de proyectos de inversión pública. Las disposiciones de esta norma se encuentran vigentes y se encuentran compendiadas mediante Decreto Supremo N° 294-2018-EF publicado el 16 de diciembre de 2018, que aprobó el TUO de la Ley N° 29230.

- **Decreto Legislativo N° 1058, que promueve la inversión en la actividad de generación eléctrica con recursos hídricos y con otros recursos renovables**, en virtud del cual, como incentivo para fomentar la inversión en esta actividad, se otorga un beneficio tributario a los inversionistas, conforme lo describe el artículo 1 que señala: *“La actividad de generación de energía eléctrica a base de recursos hídricos o a base de otros recursos renovables, tales como el eólico, el solar, el geotérmico, la biomasa o la mareomotriz, gozará del régimen de depreciación acelerada para efectos del Impuesto a la Renta. Este régimen será aplicable a las centrales que entren en operación comercial a partir de la vigencia del presente Decreto Legislativo. La depreciación acelerada será aplicable a las maquinarias, equipos y obras civiles necesarias para la instalación y operación de la central, que sean adquiridos y/o construidos a partir de la vigencia del presente Decreto Legislativo. Para estos efectos, la tasa anual de depreciación será no mayor de veinte por ciento (20%) como tasa global anual. (...)”*. Esta norma fue publicada el 28 de junio de 2008 y el beneficio tributario que contempla dicha norma se prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2025, conforme la Ley N° 30327, Ley de Promoción de las inversiones para el crecimiento económico y el desarrollo sostenible.

-Ley N° 29482, Ley de promoción para el desarrollo de actividades productivas en zonas altoandinas. Dicha ley propugna la inversión de personas naturales, micro y pequeñas empresas, cooperativas, entre otros, para que se instalen en zonas alto andinas (a partir de los 2,500 metros sobre el nivel del mar). Según el artículo 2 de dicha ley, las actividades productivas comprenderían: “(...) *piscicultura, acuicultura, procesamiento de carnes en general, plantaciones forestales con fines comerciales o industriales, producción láctea, crianza y explotación de fibra de camélidos sudamericanos y lana de bovinos, agroindustria, artesanía y textiles. (...)*”. Ahora bien, conforme el artículo 3, los beneficios tributarios que se otorgan a los titulares de las antes citadas actividades son el goce de las siguientes exoneraciones tributarias: “(...) *a) Impuesto a la Renta correspondiente a rentas de tercera categoría; b) Tasas Arancelarias a las importaciones de bienes de capital con fines de uso productivo; c) Impuesto General a las Ventas a las importaciones de bienes de capital con fines de uso productivo. (...)*”. Esta ley fue publicada el 10 de diciembre de 2009 y los beneficios tributarios antes señalados tendrán 10 años de vigencia, a partir de su publicación.

-Ley N° 29644, Ley que establece medidas de promoción a favor de la actividad de la acuicultura. Con esta ley se dispuso como beneficio para quienes desarrollan esta actividad, que hasta el 31 de diciembre de 2021, la depreciación para efecto del Impuesto a la Renta será a razón de 20% anual del monto de las inversiones en estanques de cultivo en tierra y canales de abastecimiento de agua. Además, se estableció que eran aplicables a dicha actividad, los beneficios tributarios, laborales y de seguridad social que tiene el sector agrario con la Ley N° 27360 y el Decreto Legislativo N° 973. Esta ley fue publicada el 31 de diciembre de 2010 y mediante Decreto Legislativo N° 1195, que aprobó la Ley General de Acuicultura, se dejaron sin efecto, entre otros, los beneficios tributarios establecidos, manteniéndose lo dispuesto sobre la depreciación.

-Ley N° 29763, Ley Forestal y de Fauna Silvestre, mediante la cual se promueve la conservación y el uso sostenible del patrimonio forestal y de fauna silvestre, en armonía con el interés social, económico y ambiental. Se prevé el otorgamiento de concesiones

forestales en áreas de dominio público por los que el Estado, a través de los Gobiernos Regionales, entrega al inversionista el derecho de aprovechamiento de recursos forestales y fauna silvestre, ya sea para aprovechamiento maderable, ecoturismo, conservación o manejo de fauna silvestre; siendo que dichas concesiones tienen una vigencia de hasta 40 años, renovable bajo determinadas condiciones. Esta ley fue publicada el 22 de julio de 2011 y aún no ha entrado en vigencia por falta de reglamento, con excepción de algunas de sus disposiciones relativas al sistema de control en materia forestal por parte de Serfor (Servicio Nacional Forestal y de Fauna Silvestre).

-Ley N° 30230, Ley que establece medidas tributarias, simplificación de procedimientos y permisos para la promoción y dinamización de la inversión en el país. Este dispositivo además de regular la actualización de deudas tributarias a cargo de la SUNAT, efectúa modificaciones de diversas normativas en materia de minería, aduanera, tributaria, simplificación de procedimientos administrativos y de saneamiento físico legal de predios, contando entre estos cambios, la que tiene como fin, el “promover la inversión en materia ambiental” y que dispuso que durante 3 años, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) efectuará acciones orientadas para prevenir y corregir la conducta infractora en materia ambiental, disponiendo la realización de medidas correctivas ante la verificación de una infracción, que en caso no se cumplan, se impondrá una multa reducida en 50% al monto que comprendía aplicar, salvo casos excepcionales de gravedad de la infracción o reincidencia. Esta ley fue publicada el 12 de julio de 2014 y se encuentra vigente.

- Decreto Legislativo Nro. 1362, Decreto Legislativo que regula la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

Esta norma ofrece un nuevo marco legal para la concesión de obras de infraestructura y servicios públicos, así como de proyectos de investigaciones e innovación tecnológica, mediante Asociaciones Público Privadas (APP), donde el sector privado (con mayor énfasis) y el sector público se reparten los riesgos en la ejecución del proyecto, que pueden ser objeto de concesión hasta por 60 años. La nueva normativa incluye la posibilidad de que las entidades públicas dispongan de sus activos en favor del proyecto.

Se crea el Sistema Nacional de Promoción de la Inversión Privada, integrado por las entidades públicas del sector público no financiero, siendo el ente rector la Dirección General de Política de Promoción de la Inversión Privada, entidad que tiene opinión vinculante administrativo, sobre la interpretación de la normativa sobre APP.

Se indica además que la evaluación de la versión inicial del contrato y la adjudicación de los proyectos APP no requiere de opiniones vinculantes de los organismos reguladores ni de la Contraloría General de la República, siendo más bien obligatoria la opinión favorable del Ministerio de Economía y Finanzas; y se garantiza a los que contraten bajo esta modalidad, que en caso de incumplimiento o resolución, serán indemnizados. Esta norma fue publicada el 23 de julio de 2018 y se encuentra vigente, dejando sin efecto la anterior normativa que regulaba dicha modalidad de inversión privada, como fueron los Decretos Legislativos Nros. 1012 (del año 2008) y 1224 (del año 2015).

Por consiguiente, la normativa antes citada muestra un marco legal caracterizado por la liberalización de la economía, el impulso de la inversión privada y la actividad subsidiaria del Estado, sustentado en la Constitución de 1993, que permite atraer la inversión nacional y extranjera a través del otorgamiento de garantías para la protección de su inversión que se han plasmado principalmente en los Decretos Legislativos N°s 662 y 775, tales como los contratos ley, la estabilización de la legislación, la libre movilidad de sus utilidades y capitales y la vía arbitral para la solución de controversias. Además, el Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia, ha reafirmado la protección de las libertades económicas y de que la inversión extranjera reciba un trato igualitario⁵¹.

Este marco normativo permite que los inversionistas extranjeros participen en casi todas las actividades productivas de la economía y accedan a incentivos tributarios y fiscales si invierten en sectores económicos específicos o en zonas territoriales determinadas. Asimismo, se ha provisto de nuevos mecanismos inversión privada, como el

⁵¹ BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. “El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades económicas: pronunciamientos sobre la inversión extranjera y la importación de bienes”. En: *Constitución Económica del Perú (Foro Económico Asia – Pacífico APEC)*, Cesar Landa (Coordinador), Palestra Editores S.A.C., Lima, Perú, 2008, pag. 129.

denominado “Obras por Impuestos” y las Asociaciones Público Privadas (APP), siendo esta última la más utilizada en donde el Estado participa cofinanciando los proyectos y asumiendo los riesgos de su ejecución. Finalmente, acciones como el debilitamiento de la facultad sancionadora de OEFA ante las infracciones ambientales derivadas de las actividades productivas⁵² y la exclusión de la Contraloría General de la República y los Organismos Reguladores en el diseño y ejecución de los contratos APP, constituyen acciones pensadas para agilizar e incentivar la ejecución de proyectos de inversión, pero a la vez, perjudiciales para la salvaguarda de los derechos de las personas.

De otro lado, ante la sensación de que los beneficios de la inversión no redundan en la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos, aunado a los graves hechos de corrupción de algunas empresas para obtener licitaciones y que ocasionan millones de pérdidas al Estado, se viene discutiendo modificaciones de políticas y del marco regulatorio para que la inversión de las empresas sea más responsable en defensa de los intereses públicos, como es la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la modificación de los diseños de los contratos APP cuya estructura legal y esquema de adjudicación laxo permite la suscripción de adendas que puede devenir en casos de corrupción⁵³ siendo que su vinculación con algunos de estos casos (Aeropuerto de Chincheros, Carretera Interoceánica, entre otros) viene generando una fuerte aversión a dicha modalidad contractual⁵⁴; o la exigencia de responsabilidad social corporativa y código de ética en las empresas para que tengan un buen comportamiento.

Es por ello que frente al rechazo de la población a la inversión extranjera y a la sensación de que son pocos los beneficios que la misma reporta en cuanto a la

⁵² En una entrevista publicada en el diario Gestión, Lima, edición del 4 de enero de 2017, la Ministra del Ambiente planteó el retorno de la facultad sancionadora del OEFA, pues no se logró el objetivo de la Ley Nro. 30230, que pretendía incentivar la no producción de daños al medioambiente mediante el cambio del rol de OEFA de sancionador a preventivo. Anteriormente, en otra entrevista publicada en el diario La República, edición del 15 de noviembre del 2016, la mencionada ministra había señalado que el enfoque de la Ley Nro. 30230 había ocasionado el aumento de la reincidencia de las infracciones por daños al medioambiente.

⁵³ Humberto Campodónico: “Ha llegado la hora del cambio”, diario La República, Lima, edición del 13 de febrero del 2017, página 5.

⁵⁴ Carlos Casas Tragodara: “Transparencia y medición contra la corrupción”, diario Gestión, Lima, edición del 20 de febrero del 2017, página 23.

generación de empleo y bienestar de la población, el profesor Santiago Roca⁵⁵ reflexiona lo siguiente: “(...) *La culpa del porque el Perú no se beneficia más es solo nuestra. Se debe a la concepción y aplicación ideológica de que el mercado funciona por sí solo y que las acciones individuales de los inversionistas llevan necesariamente al desarrollo del país*”, siendo que a su parecer, es el propio Estado el que tiene la posibilidad de corregir esta situación, a través del establecimiento de reglas de juego y estrategias que impacten en la conducta individual de los inversionistas y que redunden en mejores beneficios para la población, en la que la inversión esté integrada con objetivos como el desarrollo de ciencia y tecnología y la preservación del medio ambiente.

2.3.-DERECHOS HUMANOS Y SU PROTECCIÓN EN EL PERÚ

2.3.1.- Antecedentes y Constitución histórica

La protección universal de los derechos humanos nace a partir de las experiencias nefastas dejadas tras las dos guerras mundiales del siglo pasado, a fin de conseguir una protección internacional de los derechos de la persona humana, frente a casos en los que los Estados o terceras personas desconozcan o atenten gravemente su libre ejercicio. Así, se tiene la Declaración Americana de Derechos Humanos (aprobada en mes de mayo de 1948) y la Declaración Universal de Derechos de los Derechos del Hombre (aprobada en mes de diciembre de 1948), que se dictaron en el seno de la Organización de Estados Americanos (OEA) y de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), respectivamente, lo cuales constituyeron primigenios esfuerzos para lograr el compromiso de los Estados de tener una efectiva protección y vigencia de los derechos humanos y de prohibir la guerra, siendo que con posterioridad se han venido dictando otros tratados sobre protección de los derechos humanos y que en algunos casos cuentan con reglas procedimentales para la observancia de estos derechos, además de la creación de Cortes o Tribunales Internacionales de ámbito regional que asumen jurisdicción en asuntos sobre vulneración de los derechos humanos.

⁵⁵ Santiago Roca: “¿Qué hacer con Pro Inversión”, diario La República, Lima, edición del 4 de mayo del 2008, página 16.

No huelga decir que existen antecedentes históricos del reconocimiento de los derechos humanos, aunque ello se debió a una reacción para controlar y regular el poder, como fue el caso de la denominada “Carta Magna” que fue suscrita en 1215 en Inglaterra por el entonces Rey Juan Sin Tierra, por la que la aristocracia pudo limitar el poder del Rey; pasando por la Declaración de Derechos de 1689 (Bill of Rights) en virtud del cual el Parlamento Inglés delimitó las potestades del Rey y se reconoció el ejercicio de algunos derechos, hasta llegar a la Declaración de Derechos de Virginia de 1776, que en el contexto de la Independencia de los Estados Unidos, se reconocieron diversos derechos de los hombres basados en su naturaleza libre e independiente; y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, sancionada por la Asamblea Nacional Constituyente de Francia en 1789, que definió diversos derechos del hombre por su condición natural y anterior al Estado, exigibles sin distinción de tiempo o lugar.

En la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, se consagra la internacionalización de la protección de los derechos humanos al lograrse un consenso a nivel mundial respecto de un sistema de protección amplia e integral de dichos derechos. Dicho consenso es concordante con lo establecido en la Carta de las Naciones Unidas, cuyo artículo 55 señala: *“Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá: (...). c) el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.”*, mientras en su artículo 56, dispone que: *“Todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55.”* Este es el punto de partida de un proceso evolutivo hacia una mayor protección y positivización de los derechos, tanto a nivel interno como externo de los Estados, proceso que no ha concluido y está abierto al futuro⁵⁶.

⁵⁶ GROS ESSPIELL, Héctor. *Derechos Humanos*. Instituto Peruano de Derechos Humanos. Editorial Cultural Cusco S.A., Lima, Perú, 1991, pag. 16.

En lo que concierne al Perú, a lo largo de su historia constitucional se advierte esta evolución constante, pues se van estableciendo disposiciones constitucionales que reconocen derechos fundamentales del hombre y los mecanismos para su protección. Cabe indicar que se entiende que los Derechos Humanos aluden a su reconocimiento a nivel internacional, mientras que, en el caso de los Derechos Fundamentales, se refiere a su reconocimiento a nivel interno de los Estados; sin embargo, tal como lo señala Natalia Torres Zúñiga⁵⁷, quien a su vez sigue al jurista español Díez – Picazo, esta diferenciación no es sustancial pues en ambos casos se pretende salvaguardar unos mismos valores básicos para la convivencia humana.

A continuación, se hace una breve mención de los derechos reconocidos en las Constituciones del Perú, sin perjuicio de algunos derechos que ya se mencionaron en el subcapítulo 2.2.⁵⁸:

-Constitución de 1823, que contemplaba un capítulo dedicado a las “Garantías Constitucionales” en cuyo artículo 193 se reconocían como derechos inviolables, entre otros: “(...) 1.-*La libertad civil; 2.-La seguridad personal y la del domicilio; (...); 9.-La igualdad ante la ley, ya premie, ya castigue.*” Además, en el artículo 194 se disponía que: “*Todos los peruanos pueden reclamar el uso y ejercicio de estos derechos, y es un deber de las autoridades respetarlos y hacerlos guardar religiosamente por todos los medios que estén en la esfera de las atribuciones de cada una de ellas*”.

-Constitución de 1826, que reservó en su Título XI denominado “Garantías”, la protección, entre otros, de los siguientes derechos: artículo 142: “*La libertad civil, la seguridad individual, la propiedad y la igualdad ante la ley (...)*”; artículo 143: “*Todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito, y publicarlos por medio de la imprenta sin censura previa (...)*”; artículo 144: “*Todo peruano puede permanecer o salir del territorio de la República, según le convenga, llevando consigo sus bienes (...)*”; artículo 145: “*Toda casa de peruano es un asilo inviolable. De noche no se podrá*

⁵⁷ TORRES ZUÑIGA, Natalia. *El Control de Convencionalidad: Deber complementario del Juez Constitucional Peruano y el Juez Interamericano (similitudes, diferencias y convergencias)*. Editorial Académica Española, Saarbrücken, Deutschland, 2013, pag. 143.

⁵⁸ Referido al tratamiento de la protección de las inversiones.

entrar en ella, sólo por su consentimiento; y de día sólo se franqueará su entrada en los casos y de la manera que determine la ley.”; y, artículo 149: “Todo inventor tendrá la propiedad de sus descubrimientos y de sus producciones. (...)”. Asimismo, el artículo 150 regulaba el supuesto para suspender el ejercicio de estos derechos, al indicar que: “Los poderes constitucionales no podrán suspender la Constitución, ni los derechos que correspondan a los peruanos, sino en los casos y circunstancias expresados en la misma Constitución, señalando indispensablemente el término que debe durar la suspensión”.

-Constitución de 1828, hizo una enumeración de diversas garantías y libertades, entre otros, en los siguientes artículos: artículo 149: *“La Constitución garantiza la libertad civil, la seguridad individual, la igualdad ante la ley, y la propiedad de los ciudadanos en forma que sigue.”;* artículo 153: *“Todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito, publicarlos por medio de la imprenta sin censura previa, pero bajo la responsabilidad que determine la ley.”;* artículo 154: *“Todo peruano puede permanecer o salir del territorio de la República, según le convenga, llevando consigo sus bienes, salvo el derecho de tercero, y guardando los reglamentos de policía.”;* y, artículo 167: *“Los que inventen, mejores o introduzcan nuevos medios de adelantar la industria, tienen la propiedad exclusiva de sus descubrimientos y producciones: la ley les asegura la patente respectiva, o el resarcimiento por la pérdida que experimente en el caso de publicarlos.”*

-Constitución de 1834, en el Título IX denominado: “Garantías Constitucionales”, se menciona la protección de derechos, entre otros, en los siguientes artículos: artículo 146: *“Nadie nace esclavo en el territorio de la República, ni entra ninguno de fuera que no quede libre.”;* artículo 147: *“Todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito, o publicarlos por medio de la imprenta sin censura previa; pero bajo la responsabilidad que determine la ley.”;* artículo 148: *“Todo peruano puede permanecer o salir del territorio de la República según le convenga, llevando consigo sus bienes, (...)”;* artículo 151: *“Ninguno puede ser arrestado ni preso sin precedente información del hecho, por el que merezca pena corporal, y sin mandamiento por escrito de Juez competente, que se le intimará al tiempo de la aprehensión.”;* artículo 155: *“La casa de*

todo peruano es un asilo inviolable, su entrada sólo se franqueará en los casos y de la manera que determine la ley.”; artículo 156: “Es inviolable el secreto de las cartas: las que se sustraigan de las oficinas de correos, o de sus conductores, no producen efecto legal.”; y, artículo 163: “Los que invente, mejoren o introduzcan nuevos medios de adelantar la industria, tienen la propiedad exclusiva de sus descubrimientos y producciones; la ley les asegura la patente respectiva o el resarcimiento por la pérdida que experimenten en el caso de obligarles a que los publiquen.”

-Constitución de 1839, en cuyo Título XVIII denominado “Garantías Individuales” se agrupaban los derechos en favor de los ciudadanos, tales como los que se reconocen en los siguientes artículos: artículo 155: “*Nadie nace esclavo en la República*”; artículo 156: “*Todos pueden comunicar sus pensamientos de palabra; o por escrito, publicarlos por medio de la imprenta, sin censura previa; (...)*”; artículo 157: “*Todo peruano puede permanecer o salir del territorio de la República, según le convenga, llevando consigo sus bienes (...)*”; artículo 158: “*La casa de todo peruano es un asilo inviolable (...)*”; artículo 159: “*Es inviolable el secreto de las cartas (...)*”; artículo 170: “*Los que inventen, mejoren o introduzcan nuevos medios de adelantar la industria, tienen la propiedad exclusiva de sus descubrimientos y producciones; (...)*”; y, artículo 174: “*Garantiza también la instrucción primaria gratuita a todos los ciudadanos (...)*”.

-Constitución de 1856, en cuyo Título IV denominado “Garantías Individuales” se indicaron los derechos a favor de los ciudadanos, entre los que se encuentran: la garantía de que nadie nace esclavo en el territorio de la República (artículo 17); la disposición de que nadie puede ser arrestado sin orden judicial, excepto por delito “infraganti”(artículo 18); la garantía de no ser expatriado sin sentencia ejecutoriada (artículo 19); el derecho de inviolabilidad del secreto de las cartas (artículo 21); el derecho de la instrucción primaria gratuita (artículo 23); el derecho de tener la propiedad las dichas invenciones (artículo 27); y la inviolabilidad de domicilio (artículo 30).

-Constitución de 1860, en el Título IV con el nombre de “Garantías Individuales” se reconocen derechos, tales como: artículo 16: “*La ley protege el honor y la vida contra*

toda injusta agresión (...)”; artículo 18: *“Nadie podrá ser arrestado sin mandamiento escrito de juez competente (...)*”; artículo 20: *“Nadie podrá ser separado de la República, ni del lugar de su residencia, sino por sentencia ejecutoriada.”*; artículo 22: *“El secreto de las cartas es inviolable (...)*”; artículo 24: *“La Nación garantiza la existencia y difusión de la instrucción primaria gratuita (...)*”; artículo 27: *“Los descubrimientos útiles son propiedad exclusiva de sus autores (...)*”; y, artículo 31: *“El domicilio es inviolable (...)*”.

-Constitución de 1867, en el Título IV denominado “Garantías Individuales” se indicaron, entre otros, los siguientes derechos: artículo 15: *“La vida humana es inviolable: la ley no podrá imponer pena de muerte.”*; artículo 17: *“Nadie puede ser detenido sin mandato escrito de Juez competente o de las autoridades encargadas de conservar el orden público, excepto en flagrante delito (...)*”; artículo 19: *“Nadie podrá ser separado de la República, ni del lugar de su residencia, sino por sentencia ejecutoriada.”* Artículo 20: *“Todos pueden hacer uso de la imprenta para publicar sus escritos, sin censura previa; y sin responsabilidad en asuntos de interés general.”*; artículo 21: *“El secreto de las cartas es inviolable (...)*”; artículo 22: *“Puede ejercerse libremente toda industria o profesión que no se oponga a la moral, seguridad o salubridad pública.”*; artículo 23: *“La Nación garantiza la existencia y difusión de la instrucción primaria gratuita y el fomento de los establecimientos públicos de ciencias, artes, piedad y beneficencia.”*; artículo 27: *“Todos los ciudadanos tienen el derecho de asociarse pacíficamente, sea en público o en privado.”*; artículo 28: *“Es libre el derecho de petición, sea que se ejerza individual o colectivamente.”*; y, artículo 29: *“El domicilio es inviolable (...)*”.

-Constitución de 1920, en el Título III con el nombre de “Garantías Individuales” se hizo una enumeración de algunos derechos, como son: artículo 22: *“No hay ni puede haber esclavos en la República. Nadie podrá ser obligado a prestar trabajo personal sin su libre consentimiento y sin la debida retribución. (...)*”. Artículo 24: *“Nadie podrá ser arrestado sin mandamiento escrito de Juez competente o de las autoridades encargadas de conservar el orden público, excepto infraganti delito (...).”*; artículo 25: *“Nadie*

podrá ser apresado por deudas.”; artículo 28: “Nadie puede defender o reclamar su derecho sino en la forma que establezca o autorice la ley. (...)”; artículo 29: “Es libre el derecho de entrar, transitar y salir de la República, con las limitaciones establecidas por las leyes penales, sanitarias y de extranjería.”; artículo 31: “El domicilio es inviolable. (...)”; artículo 32: “El secreto de las cartas es inviolable. (...)”; artículo 33: “Todos tienen derecho de reunirse pacíficamente sea en público o en privado sin comprometer el orden público.”; artículo 34: “Todos pueden hacer uso de la imprenta para publicar sus escritos sin censura previa (...)”; artículo 35: “Las garantías individuales no podrán ser suspendidas por ninguna ley ni por ninguna autoridad.”; y, en el Título IV, sobre “Garantías Sociales, el artículo 37 señala: “La Nación reconoce la libertad de asociarse y la de contratar. Su naturaleza y condiciones están regidas por la ley.”

-Constitución de 1933, en el Título II denominado “Garantías Constitucionales”, cuyo Capítulo I al que se ha llamado “Garantías Nacionales y Sociales” se reconocieron, entre otros, los siguientes derechos: artículo 30: *“El Estado garantiza y protege los derechos de los autores e inventores. (...)”*; artículo 55: *“A nadie puede obligarse a prestar trabajo personal sin su libre consentimiento y sin la debida retribución.”*; artículo 56: *“Nadie puede ser detenido sino por mandamiento escrito y motivado del juez competente o de las autoridades encargadas de conservar el orden público, excepto en flagrante delito (...)”*; artículo 59: *“La libertad de conciencia y de creencia es inviolable. (...)”*; artículo 60: *“El derecho de petición puede ejercerse individual o colectivamente. (...)”*; artículo 61: *“El domicilio es inviolable. (...)”*; artículo 62: *“Todos tienen el derecho de reunirse pacíficamente y sin armas, sin comprender el orden público. (...)”*; artículo 63: *“El Estado garantiza la libertad de la prensa. (...)”*; artículo 67: *“Es libre el derecho de entrar, transitar y salir del territorio de la República, con las limitaciones que establezcan las leyes penales, sanitarias y de extranjería.”*; y, artículo 69: *“Todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución, dan lugar a la acción de habeas corpus.”* De otro lado, en el Título III denominado “Educación”, se estipuló en su artículo 72: *“La enseñanza primaria es obligatoria y gratuita.”*; en el Título IV denominado “Ciudadanía y Sufragio” se indicó

en el artículo 86: “*Gozan el derecho de sufragio los ciudadanos que sepan leer y escribir (...)*”; y en el Título XI denominado “Comunidades de Indígenas”, en el artículo 208 se dispuso que: “*El Estado garantiza la integridad de la propiedad de las comunidades. (...)*”.

-Constitución de 1979, en el Título I denominado: “Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona”, Capítulo I “De la Persona”, se contemplaba en su artículo 2 la protección de derechos tales como: numeral 1: “*A la vida, a un nombre propio, a la integridad física y al libre desenvolvimiento de su personalidad. (...)*”; numeral 2: “*A la igualdad ante la ley, sin discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión e idioma. (...)*”; numeral 3: “*A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. (...)*”; numeral 4: “*A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra, el escrito o la imagen, por cualquier medio de comunicación social (...)*”; numeral 5: “*Al honor y la buena reputación, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. (...)*”; numeral 6: “*A la libertad de creación intelectual, artística y científica. (...)*”; numeral 7: “*A la inviolabilidad del domicilio. (...)*”; numeral 9: “*A elegir libremente el lugar de su residencia, a transitar por el territorio nacional y salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razón de sanidad. (...)*”; numeral 11: “*A asociarse y a crear fundaciones con fines lícitos, sin autorización previa. (...)*”; numeral 12: “*A contratar con fines lícitos. (...)*”; numeral 13: “*A elegir y ejercer libremente su trabajo, con sujeción a la ley.*”; y, artículo 20: “*A la libertad y seguridad personales. (...)*”.

Asimismo, en el artículo 3 se indicó que: “*Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas peruanas, en cuanto le son aplicables.*”, mientras que en el Capítulo III denominado “De la Seguridad Social, Salud y Bienestar”, se estipuló en su artículo 15: “*Todos tienen derecho a la protección de la salud integral (...)*”; en el Capítulo IV “De la Educación, la Ciencia y la Cultura”, en su artículo 21 se señaló: “*El derecho a la educación y a la cultura es inherente a la persona humana. (...)*”; y en el Capítulo V “Del Trabajo”, en su artículo 43, se señaló: “*El trabajador tiene derecho a una remuneración justa que procure para él y su familia el bienestar material y el*

desarrollo espiritual. (...)”; en su artículo 48: *“El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. (...)*”; en su artículo 51: *“El Estado reconoce a los trabajadores el derecho a la sindicalización sin autorización previa. (...)*”; artículo 54: *“Las convenciones colectivas de trabajo entre trabajadores y empleadores tiene fuerza de ley para las partes. El Estado garantiza el derecho a la negociación colectiva. (...)*”; y artículo 57: *“Los derechos reconocidos de los trabajadores son irrenunciables. (...)*”.

De otro lado, en el artículo 105 se estableció que: *“Los preceptos contenidos en los tratados relativos a derechos humanos, tienen jerarquía constitucional. (...)*”; mientras que en el Título V denominado “Garantías Constitucionales”, en su artículo 295, se estipularon las acciones de Amparo, Habeas Corpus y la Acción Popular, para la protección de los derechos; en el artículo 298, se creó el Tribunal de Garantías Constitucionales, como organismo autónomo para la protección de los derechos fundamentales; y en el artículo 305, se estableció la posibilidad de acceder a tribunales internacionales en donde el Perú está vinculado, cuando una persona considere que sus derechos fueron lesionados.

-Constitución de 1993, cuyas disposiciones regulan, de manera similar a la Constitución de 1979, la protección de los derechos humanos. Así, en el Título I “De la Persona y de la Sociedad”, capítulo I “Derechos Fundamentales de la Persona”, artículo 2, se reconocen, entre otros, diversos derechos fundamentales como: numeral 1: *“A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. (...)*”; numeral 2: *“A la igualdad ante la ley. (...)*”; numeral 3: *“A la libertad de conciencia y de religión, en forma individual o asociada. (...)*”; numeral 4: *“A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita (...)*”; numeral 8: *“A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. (...)*”; numeral 9: *“A la inviolabilidad del domicilio. (...)*”; numeral 10: *“Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. (...)*”; numeral 11: *“A elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él (...)*”; numeral 13: *“A asociarse y a constituir fundaciones y diversas*

formas de organización jurídica sin fines de lucro (...)”; numeral 14: *“A contratar con fines lícitos (...)*”; numeral 15: *“A trabajar libremente, con sujeción a ley.”*; y, numeral 24: *“A la libertad y a la seguridad personales. (...)*”.

De otro lado, en el artículo 3 se precisa que: *“La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de Gobierno.”*

Además, en el capítulo II, “De los Derechos Sociales y Económicos”, se reconocen, entre otros, los siguientes derechos: artículo 10: *“El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda persona a la seguridad social (...)*”; artículo 22: *“El trabajo es un deber y un derecho. (...)*”; artículo 24: *“El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente (...)*”; artículo 26: *“En la relación laboral se respetan los siguientes principios: 1. Igualdad de oportunidades sin discriminación, 2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley., 3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.”*; y artículo 28: *“El Estado reconoce los derechos de sindicación, negociación colectiva y huelga. (...).”*

Asimismo, se crea la Defensoría del Pueblo como el organismo que defiende los derechos constitucionales de la persona (artículo 162); se regula en el Título V denominado “De las Garantías Constitucionales”, las acciones de garantía como Amparo, Habeas Corpus, Habeas Data, de Inconstitucionalidad, la Acción Popular y Acción de Cumplimiento (artículo 200); se crea el Tribunal Constitucional, como organismo que en última instancia protege los derechos fundamentales y que en única instancia conoce la acción de Inconstitucionalidad (artículo 202); y se estableció que las personas pueden acudir a los tribunales u organismos internacionales a los que el Perú está vinculado, en caso consideren que sus derechos fueron lesionados (artículo 205). Finalmente, conforme la Cuarta Disposición Final y Transitoria: *“Las normas relativas*

a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.”

Se puede advertir que las Constituciones de 1979 y de 1993 reconocen un amplio catálogo de derechos fundamentales que no se mencionaban en las constituciones anteriores, además de contemplar sistemas de protección de los derechos fundamentales (justicia constitucional y supranacional), disponiendo el carácter vinculante de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (entre ellos, la Convención Americana sobre Derechos humanos), lo que es expresión de la corriente de internacionalización y positivización de los derechos humanos del siglo XX, aunque ello no se ha traducido necesariamente en una debida defensa de dichos derechos de parte de los gobiernos, sobre todo los de índole autocrática⁵⁹.

Cabe indicar que al parecer del jurista Carlos Fernández Sessarego⁶⁰, es la Constitución de 1979 la que ha recogido con más énfasis los principios sobre protección internacional de los derechos humanos y que incluso plasmaba en las disposiciones de su Preámbulo, lo siguiente: *“Creyentes en la primacía de la persona humana y en que todos los hombres, iguales en dignidad, tienen derechos de validez universal, anteriores y superiores al Estado”*.

⁵⁹ CAIRO ROLDAN, Omar, *Justicia Constitucional y Proceso de Amparo*, Editorial Palestra, Primera Edición, Lima, Perú, 2004, pag.283.

⁶⁰ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, *Libertad, Constitución y Derechos Humanos*, Editorial San Marcos, Primera Edición, Lima, Perú, 2003, pag. 50.

2.3.2.- Características de los Derechos Humanos

Siguiendo lo señalado por Víctor García Toma⁶¹ y Natalia Torres Zúñiga⁶², pueden considerarse las siguientes características comunes de los Derechos Humanos:

- **Universalidad**

Se puede identificar como la más trascendental de las características de los derechos humanos, que consiste en reconocer que todos los hombres, sin distinción de tiempo ni lugar, ni condición de tipo económico, social, religioso, etc., son titulares de derechos por su condición ínsita de seres humanos, derechos que preexisten al nacimiento de los Estados y que al parecer de Pérez Luño⁶³, es el rasgo principal que marca el origen de los derechos humanos en la modernidad y condición necesaria e indispensable para el reconocimiento de los derechos inherentes a todos los seres humanos.

El carácter universal de los Derechos Humanos se plasma en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, cuyo artículo 2 señala: *“Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.”*; mientras que en la Segunda Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1993, se aprobó la Declaración y Programa de Acción de Viena, que reafirmó el carácter universal de los derechos humanos, cuando señaló en su primer párrafo que: *“La Conferencia Mundial de Derechos Humanos reafirma el solemne compromiso de todos los Estados de cumplir sus obligaciones de promover el respeto universal, así como la observancia y protección*

⁶¹ GARCIA TOMA, Víctor. *Los Derechos Humanos y la Constitución*. Editorial Grafica Horizonte, Lima, Perú, 2001, pag. 13.

⁶² TORRES ZUÑIGA, Natalia. Op. cit. pag. 142

⁶³ PEREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Editorial Tecnos, 10ma Edición, Madrid, España, 2010, pag. 603.

de todos los derechos humanos y de las libertades fundamentales de todos de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, otros instrumentos relativos a los derechos humanos y el derecho internacional. El carácter universal de esos derechos y libertades no admite dudas. En este contexto, el fortalecimiento de la cooperación internacional en la esfera de los derechos humanos es esencial para la plena realización de los propósitos de las Naciones Unidas.”

Cabe indicar que el carácter universal de los Derechos Humanos y los compromisos de los Estados para su protección y garantía de su ejercicio (obligación erga omnes), son el fundamento para considerar a estos derechos como normas de carácter “ius cogens” conforme el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, según la cual: “(...) *Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.*”. Incluso, dicha convención ha previsto que algunos derechos no pueden dejar de ser amparados bajo ningún motivo o circunstancia de tiempo y lugar, como el derecho a la vida o a la integridad personal⁶⁴.

Al respecto, Fabián Novak y Elizabeth Salmón⁶⁵ consideran que existen “normas mínimas” en los tratados de derechos humanos que no son objeto de suspensión bajo ningún modo, pues, consideran que: “*Estas normas mínimas como los derechos a la*

⁶⁴ “Artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos. - Suspensión de garantías

1. *En caso de guerra, peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones, que en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.*
2. *La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3 (Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad), y 23 (Derechos Políticos), ni de las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.*
(...)”

⁶⁵ NOVAK, Fabián y SALMON, Elizabeth. *Las Obligaciones Internacionales del Perú en Materia de Derechos Humanos*. Fondo Editorial PUCP, 2da. Edición, Lima, Perú, 2002, pag. 86.

vida, a no ser sometido a tortura o a tratos inhumanos o degradantes, a no ser sometido a esclavitud o servidumbre, a la no discriminación racial, entre otros, son la representación de atributos inalienables de la persona humana fundados en valores que se encuentran presentes en prácticamente todas las culturas y sistemas sociales. (...)”.

○ **Interdependiente e Indivisible**

Esta característica está relacionada con el reconocimiento de exigibilidad, tanto de los Derechos Civiles y Políticos, como de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y no existe entre ambos algún tipo de jerarquía o superioridad, siendo más bien complementarios, pues el ejercicio de todos los derechos sin distinción alguna, conllevará la realización del desarrollo integral de la persona y su proyecto de vida. Tal como expresa Antonio Cançado Trindade⁶⁶, entre las dos categorías de derechos humanos no puede haber compartimentalización y autonomía, sino complementariedad e interacción.

Este carácter indivisible lo ha reconocido nuestro Tribunal Constitucional, en el expediente Nro. 2945-2003-AA/TC⁶⁷, donde una paciente de VIH requería del Estado la provisión de medicamentos para su tratamiento integral a su salud y ante lo alegado por el Ministerio de Salud en el sentido de que el derecho de salud y la política nacional de salud constituyen “normas programáticas”, el Tribunal dejó sentado que: *“El principio de dignidad irradia en igual magnitud a toda la gama de derechos, ya sean los denominados civiles y políticos, como los económicos, sociales y culturales, toda vez que la máxima eficacia en la valoración del ser humano solo puede ser lograda a través de la protección de las distintas gamas de derechos en forma conjunta y coordinada.”*

De igual modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Acebedo Buendía y otros vs. Perú (Sentencia)⁶⁸, párrafo Nro. 101, al analizar el contenido del

⁶⁶ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos del siglo XXI*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2001, pag. 100.

⁶⁷ Expediente Nro. 2945-2003-AA/TC, Fundamento Jurídico Nro. 19.

⁶⁸ Sentencia del 1º de julio del 2009.

artículo 26⁶⁹ de la Convención Americana de Derechos Humanos que versa sobre la protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, precisó que: *“En este sentido, la Corte considera pertinente recordar la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello. (...)”*.

Héctor Gros Espiell⁷⁰ clarifica esta característica cuando señala: *“Solo el reconocimiento integral de todos estos derechos puede asegurar la existencia real de cada uno de ellos, ya que sin la efectividad del goce de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos se reducen a meras categorías formales (...) sin la realidad de los derechos civiles y políticos, sin la efectividad de la libertad entendida en su más amplio sentido, los derechos económicos y sociales carecen, a su vez, de verdadero sentido y significación.(...)”*

Corresponde indicar que pese a que fue en el seno de la ONU donde nació esta distinción o “categorización” de los derechos, cuando se expidieron, en 1966, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos así como el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, bajo el criterio de que los primeros requieren del Estado un comportamiento de abstención y ser exigibles inmediatamente, mientras que los segundos demandan un comportamiento de acción y ser exigibles según las posibilidades presupuestarias del Estado (programáticos), es con la Primera Conferencia Mundial de los Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1968 donde se desvirtúa tal “categorización”, al reconocer en la Proclamación de Teherán, en su décimo tercer párrafo, que: *“Como los derechos humanos y las libertades fundamentales son indivisibles, la realización de los derechos civiles y políticos sin el goce de los derechos económicos, sociales y culturales resulta imposible. La consecución de un progreso*

⁶⁹ **Artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos. -Desarrollo Progresivo.** “Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”

⁷⁰ Op. Cit. pag. 17.

duradero en la aplicación de los derechos humanos depende de unas buenas y eficaces políticas nacionales e internacionales de desarrollo económico y social.” Del mismo modo, en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, quinto párrafo, se proclamó que: “Todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están relacionados entre sí. La comunidad internacional debe tratar los derechos humanos en forma global y de manera justa y equitativa, en pie de igualdad y dándoles a todos el mismo peso. (...)”.

○ **Inalienable**

De acuerdo con esta característica, la titularidad de los derechos humanos son irrenunciables, pues existen al margen del consentimiento de las personas para su goce, teniendo en cuenta que ni pueden ser sujetos de disposición por sus titulares que son las personas ni tampoco pueden ser dejados sin efecto por el Estado, bajo ningún motivo o circunstancia, aunque este último si puede suspender temporalmente el ejercicio de algunos derechos y bajo circunstancias determinadas o períodos de graves crisis, conforme se ha regulado en algunos tratados y en las constituciones de la gran mayoría de países americanos, ya sea como Estados de Sitio, de Emergencia, y de Alarma⁷¹.

Diversos tratados internacionales han reconocido este carácter de “inalienabilidad”, como es el caso de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, cuya parte expositiva se indica: “(...) *la Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los derechos del hombre son las únicas causas de las calamidades públicas y de la corrupción de los gobiernos, han resuelto exponer, en una declaración solemne, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta declaración, constantemente presente para todos los miembros del cuerpo social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; (...)*”; la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que en su preámbulo refiere: “*Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana*”; y el Pacto Internacional de Derechos Civiles

⁷¹ O'DONNELL, Daniel. “*Protección Internacional de los Derechos Humanos*” Comisión Andina de Juristas, Primera Edición, Lima, Perú, 1988, pag. 396.

y Políticos así como el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, de 1966, que tienen un similar párrafo en su preámbulo, que reza: “(...) *Considerando que, conforme a los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables (...)*”.

Esta característica se vincula con la condición de dignidad de la persona humana, el mismo que es la razón por la que los Estados se ven conminados no sólo a reconocer los derechos de las personas, sino de garantizarlos y protegerlos, pues los derechos humanos son atributos inherentes a la dignidad de la persona. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras (Sentencia)*⁷², párrafo Nro. 166, señaló que la obligación de los Estados de garantizar el libre ejercicio de los derechos y libertades estipulados en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 1), “...*implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. (...)*”.

Por su parte, el Tribunal Constitucional del Perú, en el expediente Nro. 2273-2005-PHC/TC⁷³, también resalta esta vinculación entre dignidad de la persona humana y la obligación de protección de los Estados, cuando estableció en la sentencia recaída en dicho expediente, que: “*De este reconocimiento de la dignidad humana en el Derecho Constitucional e internacional se deriva la naturaleza de sus alcances jurídicos, en tanto, sustrato axiológico y soporte estructural de la protección debida al individuo, configurándose como “(...) un minimun inalterable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover*”.

⁷² Sentencia del 29 de julio del 1988.

⁷³ Expediente Nro. 2273-2005-PHC/TC, Fundamento Jurídico Nro. 7.

- **Limitados**

Los derechos humanos tienen límites en cuanto a su libre ejercicio, pues se deben ejercer sin afectar ni sobrepasar los derechos de los demás. Estas limitaciones, para que sean válidamente aplicadas, deben estar establecidas en leyes y responder a exigencias de interés público o para salvaguardar derechos de interés general. Al respecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos señala en su artículo 29 que en el ejercicio de sus derechos: “...*toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática. Estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.*”; mientras que la Convención Americana de Derechos Humanos dispone en su artículo 30 que: “*las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas*”; y en su artículo 32 numeral 2 señala: “*Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.*”

Asimismo, es importante señalar que estas restricciones o limitaciones a los derechos deben cumplir con parámetros de razonabilidad y proporcionalidad según el objeto o propósito para las que fueron dispuestas, conforme el artículo 200 *in fine* de la Constitución Política de 1993, que establece, respecto de la interposición de acciones de habeas corpus y amparo, lo siguiente: “*(...) Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio.*”

2.3.3.- Rango constitucional de los Tratados de Derechos Humanos en el Perú

La Constitución Política de 1993 no tiene alguna disposición que señale que los Tratados de Derechos Humanos tienen jerarquía constitucional – como si sucedía con el artículo 105 de la Constitución Política de 1979 -, limitándose a señalar en su artículo 55 que los tratados que celebra el Estado forman parte del derecho nacional, e incluso se podría decir que tienen rango legal, a tenor del artículo 200 inciso 4 que regula la acción de inconstitucionalidad como aquella que procede contra normas con rango de ley, entre ellas, los tratados.

Sin embargo, es el Tribunal Constitucional el que ha dejado establecido que dichos tratados detentan rango constitucional, aunque ello se dio luego de una variación de su posición primigenia cuando consideraba que estos tratados tenían rango legal, conforme su sentencia recaída en el expediente Nro. 1277-99-AC/TC⁷⁴, en la que, al analizar el petitorio de los demandantes quienes solicitaban el cumplimiento del artículo 14 inciso 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sobre el derecho a una indemnización a las personas condenadas por error judicial, el Tribunal Constitucional señaló que conforme los artículos 55 y 200 inciso 4 de la Constitución Política del Estado, este tratado formaba parte integrante del sistema jurídico peruano y tenía el mismo rango que el de una ley.

Con la sentencia del expediente Nro. 0047-2004-AI/TC⁷⁵, el Tribunal hizo un análisis de la jerarquía de las normas en nuestro ordenamiento jurídico y señaló que en la pirámide jurídica nacional, los Tratados de Derechos Humanos se encuentran en una primera categoría conjuntamente con la Constitución y leyes de reforma constitucional.

Luego, con la sentencia expedida en el expediente Nro. 00025-2005-AI⁷⁶, reitera su posición, al afirmar que los Tratados de Derechos Humanos detentan rango constitucional. Este razonamiento se efectúa a partir de una interpretación sistemática

⁷⁴ Expediente Nro. 1277-99-AC/TC, Fundamento Jurídico Nro. 8.

⁷⁵ Expediente Nro. 0047-2004-AI/TC, Fundamento Jurídico Nro. 61.

⁷⁶ Expediente Nro. 2273-2005-PHC/TC, Fundamento Jurídico Nros. 26-33.

del artículo 3, que acoge un “número apertus” de derechos constitucionales; el artículo 57 que regula la fuente constitucional de producción, admisión y control de los tratados que afectan la Constitución por el fondo; y la Cuarta Disposición Final y Transitoria que dispone la interpretación de derechos y libertades conforme la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados sobre las mismas materias ratificados por el Perú. De allí el Tribunal concluye que “(...) *Los Tratados de Derechos Humanos representan en tal sentido límites materiales de la propia potestad de reforma de la Constitución. En lo que concierne al caso, importa resaltar su fuerza de resistencia frente a las normas de rango legal. Éstas no pueden ser contrarias a los derechos enunciados en los tratados sobre derechos humanos. (...)*”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a la condición especial de estos tratados, en su Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982⁷⁷, cuando expresó lo siguiente: “*La Corte debe enfatizar, sin embargo, que los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción. (...)*”.

Esta Opinión Consultiva OC-2/82 no hace sino seguir una tendencia adoptada en otros foros internacionales como la Corte Internacional de Justicia, que en sus pronunciamientos había enfatizado el carácter predominante de los tratados basados en obligaciones de Derechos Humanos que son estipulados para la protección de los

⁷⁷ Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de setiembre de 1982 sobre “El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Fundamento Jurídico 29.

individuos y quienes no son los beneficiarios de dichas obligaciones, minimizando los efectos de su creación formal a través de la suscripción de tratados entre Estados⁷⁸.

En consecuencia, los Tratados de Derechos Humanos, por ser generadoras de obligaciones de los Estados de respetar y proteger los derechos de las personas derivados de su condición de seres humanos, ostentan una condición especial que los diferencia de otro tipo de tratados, siendo que el Tribunal Constitucional, través de su jurisprudencia, le ha reconocido rango constitucional en nuestro ordenamiento jurídico.

2.3.4.- Tratados de Derechos Humanos suscritos por el Perú y su ámbito de protección en relación a la inversión extranjera

Se mencionan a continuación una relación de los Tratados de Derechos Humanos de los que el Perú es parte:

- **Carta de las Naciones Unidas:** Firmado en San Francisco, Estados Unidos de América, el 26 de junio de 1945 y aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa Nro.10255, publicado el 21 de noviembre de 1945. Para Mónica Pinto, dicha carta, al contener disposiciones sobre el respeto universal a los derechos humanos: *“(...) es la primera norma jurídica positiva que consagra obligaciones para los Estados en relación con los derechos humanos, además de constituirse en el fundamento de la cooperación internacional en el respeto universal de los derechos humanos y su efectividad. (...)”*⁷⁹
- **Declaración Universal de Derechos Humanos:** fue adoptado el 10 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de la ONU y aprobado por el Perú mediante Resolución Legislativa Nro. 13282 del 15 de diciembre de 1959. Dicho dispositivo, aunque no tiene fuerza vinculante, constituye un instrumento

⁷⁸ BORELLI, Silvia y OLLESON, Simon. “Obligations relating to Human Rights and Humanitarian Law”. En: *The Law of International Responsibility*, Editado por: James Crawford, Allain Pellet y Simon Olleson. Publicado por Oxford University Press, Primera Publicación, Oxford, Reino Unido, 2010, pag. 1183. En dicho artículo se hace referencia al famoso caso “Barcelona Traction” (1970) en la que la Corte Internacional de Justicia reconoció el carácter erga omnes de los derechos humanos así como la obligación de los Estados de protegerlos.

⁷⁹ PINTO, Mónica. *Temas de Derechos Humanos*, Editores del Puerto S.R.L, Tercera Reimpresión, Lima, Perú, 2004, pag. 15.

internacional de carácter obligatorio para la comunidad internacional, que contiene un catálogo de derechos de la persona, en ámbitos de derechos civiles y políticos, así como derechos económicos, sociales y culturales.

- **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:** Adoptado el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de la ONU y en vigor para el Perú desde el 28 de julio de 1978. Este Pacto enuncia los derechos civiles y políticos que se reconocen a las personas y los supuestos en que los Estados pueden suspender el ejercicio de algunos derechos.
- **Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos:** Adoptado el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de la ONU y en vigor para el Perú desde el 3 de enero de 1981. Este Tratado regula lo concerniente a las denuncias de individuos sobre violación de cualquiera de los derechos contenidos en el Pacto, las que serán recibidas y puestas a consideración por el Comité de Derechos Humanos.
- **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:** Adoptado el 16 de diciembre de 1966 por la Asamblea General de la ONU y en vigor para el Perú desde el 28 de julio de 1978. Enuncia los derechos económicos, sociales y culturales que se reconocen a las personas, así como el seguimiento del cumplimiento de las obligaciones contenidas en este Pacto por parte de los Estados, contenidas en Informes que serán remitidos al Consejo Económico y Social.
- **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre:** Adoptado el 2 de mayo de 1948 en el marco de la IX Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá y está en vigor para el Perú desde el 2 de mayo de 1948. Contiene un catálogo de derechos reconocidos a las personas y aunque formalmente no es un tratado, es vinculante para los Estados miembros de la OEA, conforme así lo señaló la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989⁸⁰.

⁸⁰ Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989 sobre “Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, Fundamento Jurídico 46.

- **Convención Americana sobre Derechos Humanos:** Adoptado el 22 de noviembre de 1969 en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos y en vigor en el Perú desde el 28 de julio de 1978. En este tratado se reconocen diversos derechos civiles y políticos, haciéndose mención en un solo dispositivo acerca del compromiso de los Estados de adoptar progresivamente la efectividad de los derechos económicos sociales y culturales. Asimismo, se regula el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- **Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”:** Fue adoptado el 17 de noviembre de 1988 en el Décimo Octavo Período de Sesiones de la Asamblea General de la OEA y entró en vigor para el Perú el 4 de junio de 1995. Reconoce una serie de derechos económicos, sociales y culturales, aunque preceptúa que la afectación del derecho a la educación y el derecho a organizar y afiliarse a sindicatos, son los que pueden ser materia de comunicación individual que será tramitado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, según el procedimiento regulado en la Convención Americana de Derechos Humanos.
- **Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial:** Adoptado el 21 de diciembre de 1965 por la Asamblea General de la ONU y en vigor para el Perú desde el 29 de octubre de 1971. Establece disposiciones obligatorias a los Estados a fin de evitar todo tipo de discriminación racial.

A continuación, la relación de algunos Tratados de Derechos Humanos que abordan la protección frente a un daño específico y/o para proteger categorías particulares de personas:

- **Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer:** Adoptado el 18 de diciembre de 1979 por la Asamblea General de la ONU y en vigor para el Perú desde el 13 de octubre de 1982.

- **Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer:** Adoptado el 6 de octubre de 1999 por la Asamblea General de la ONU y en vigor para el Perú desde el 9 de julio de 2001.
- **Convención Internacional sobre la Represión y el Castigo del Crimen de Apartheid:** Adoptado el 30 de noviembre de 1973 por la Asamblea General de la ONU y en vigor para el Perú el 1º de diciembre de 1978.
- **Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad:** Adoptado el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de la ONU y en vigor para el Perú desde el 3 de mayo de 2008.
- **Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad:** Adoptado el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de la ONU y en vigor para el Perú desde el 3 de mayo de 2008.
- **Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad:** Adoptado el 7 de junio de 1999 por la Asamblea General de la OEA y en vigor para el Perú el 30 de setiembre de 2001.
- **Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes:** Adoptado el 10 de diciembre de 1984 por la Asamblea General de la ONU y en vigor para el Perú el 6 de agosto de 1988.
- **Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes:** Adoptado el 18 de diciembre de 2002 por la Asamblea General de la OEA y en vigor para el Perú el 14 de octubre de 2006.
- **Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura:** Adoptado el 9 de diciembre de 1985 por la Asamblea General de la OEA y en vigor para el Perú el 28 de marzo de 1991.
- **Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio:** Adoptado el 9 de diciembre de 1948 por la Asamblea General de la ONU y en vigor para el Perú el 24 de mayo de 1960.

- **Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas:** Adoptada el 9 de junio de 1994 por la Asamblea General de la ONU y en vigor para el Perú el 15 de marzo de 2002.
- **Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas:** Adoptada el 20 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de la ONU y en vigor para el Perú el 26 de octubre de 2012.
- **Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos de la Mujer:** Adoptado el 20 de diciembre de 1952 por la Asamblea General de la ONU.
- **Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer:** Adoptado el 2 de mayo de 1948 en la Novena Conferencia Internacional Americana.
- **Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem do Pará”:** Adoptado el 9 de junio de 1994 por la Asamblea General de la OEA y en vigor para el Perú el 4 de julio de 1996.
- **Convención sobre los Derechos del Niño:** Adoptado el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de la ONU y en vigor para el Perú el 4 de octubre de 1990.
- **Convención sobre el Asilo:** Adoptado el 20 de febrero de 1928 por la Sexta Conferencia Internacional Americana y en vigor para el Perú desde el 21 de junio de 1945.
- **Convención sobre el Asilo Político:** Adoptado el 26 de diciembre de 1933 por la Séptima Conferencia Internacional Americana y en vigor para el Perú el 9 de marzo de 1960.
- **Convención sobre el Asilo Diplomático:** Adoptado el 28 de marzo de 1954 por la Décima Conferencia Interamericana y en vigor para el Perú desde el 2 de julio de 1962.
- **Convención sobre el Estatuto de los Refugiados:** Adoptado el 28 de julio de 1951 por la Asamblea General de la ONU y en vigor para el Perú desde el 21 de diciembre de 1964.

- **Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias:** Adoptado por la Asamblea General de la ONU el 18 de diciembre de 1990 y en vigor para el Perú desde el 1º de enero de 2006.
- **Convenio sobre Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad:** Adoptado el 26 de noviembre de 1968 por la Asamblea General de la ONU y en vigor para el Perú desde el 9 de noviembre de 2003.
- **Convención Interamericana contra el Terrorismo:** Adoptado en Barbados el 3 de junio de 2002 y en vigor para el Perú desde el 10 de julio de 2003.

También son tratados suscritos por el Perú los que corresponden al ámbito de los derechos laborales adoptados en la Organización Internacional del Trabajo:

- **Convenio (Nro. 11) relativo a los Derechos de Asociación y de Coalición de los Trabajadores Agrícolas:** Adoptado el 25 de octubre de 1921 y en vigor para el Perú desde el 10 de octubre de 1945.
- **Convenio (Nro. 29) relativo al Trabajo Forzoso u Obligatorio:** Adoptado el 28 de junio de 1930 y en vigor para el Perú el 1º de febrero de 1961.
- **Convenio (Nro. 87) relativo a la Libertad Sindical y a la Protección del Derecho de Sindicación:** Adoptado el 9 de julio de 1948 y vigente para el Perú desde el 2 de mayo de 1961.
- **Convenio (Nro. 98) relativo a la Aplicación de los Principios del Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva:** Adoptado el 1º de julio de 1949 y en vigor para el Perú desde el 13 de marzo de 1965.
- **Convenio (Nro. 100) relativo a la Igualdad de Remuneración entre la mano de Obra Masculina y la Mano de Obra Femenina por un Trabajo de Igual Valor:** Adoptado el 28 de junio de 1951 y en vigor para el Perú el 1º de febrero de 1961.
- **Convenio (Nro. 105) relativo a la abolición del Trabajo Forzoso:** Adoptado el 25 de junio de 1957 y en vigor para el Perú el 6 de diciembre de 1961.

- **Convenio (Nro. 111) relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación:** Adoptado el 25 de junio de 1958 y en vigor para el Perú el 10 de agosto de 1971.
- **Convenio (Nro. 122) relativo a la Política del Empleo:** Adoptado el 9 de julio de 1964 y en vigor desde el 27 de julio de 1968.
- **Convenio (Nro. 138) sobre la edad mínima de admisión al empleo:** Adoptado el 26 de junio de 1973 y ratificado por el Perú mediante Decreto Supremo Nro. 038-2001-RE publicado el 31 de mayo de 2001.
- **Convenio (Nro. 151) sobre la Protección del Derecho de Sindicación y los Procedimientos para Determinar las Condiciones de Empleo en la Administración Pública:** Adoptado el 27 de junio de 1978 y en vigor para el Perú el 27 de octubre de 1981.
- **Convenio (Nro. 156) sobre la Igualdad de Oportunidades y de Trato entre Trabajadores y Trabajadoras: Trabajadores con Responsabilidad Familiares:** Adoptado el 3 de junio de 1981 y en vigor para el Perú el 13 de junio de 1987.
- **Convenio (Nro. 169) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes:** Adoptado el 27 de junio de 1989 y en vigor para el Perú desde el 2 de febrero de 1995.
- **Convenio (Nro. 182) sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación:** Adoptado el 1º de junio de 1999 y en vigor para el Perú desde el 10 de enero de 2003.

A renglón seguido, se mencionan los tratados adoptados por el Perú que corresponden al Derecho Internacional Humanitario:

- **Convenio I de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña:** Adoptado el 12 de agosto de 1949 y en vigor para el Perú desde el 15 de agosto de 1956.

- **Convenio II de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para aliviar la suerte que corren los Heridos y los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar:** Adoptado el 12 de agosto de 1949 y en vigor desde el 15 de agosto de 1956.
- **Convenio III de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al Trato Debido a los Prisioneros de Guerra:** Adoptado el 12 de agosto de 1949 y en vigor para el Perú desde el 15 de agosto de 1956.
- **Convenio IV de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección Debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra:** Adoptado el 12 de agosto de 1949 y en vigor para el Perú desde el 15 de agosto de 1956.
- **Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados Internacionales:** Adoptado el 8 de junio de 1977 y en vigor para el Perú desde el 14 de enero de 1990.
- **Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección de las Víctimas de los Conflictos Armados sin Carácter Internacional:** Adoptado el 8 de junio de 1977 y en vigor para el Perú desde el 14 de enero de 1990.

En algunos de los tratados antes enunciados, existen disposiciones sobre el derecho de los pueblos de usar sus recursos naturales, lo cual en cierta forma se ve limitado cuando el Estado otorga concesiones para la explotación de recursos naturales. Así, tanto el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, como el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales Culturales, establecen en su artículo 1.2 en común, que: “(...) 2. *“Para el logro de sus fines, todos los pueblos pueden disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales, sin perjuicio de las obligaciones que derivan de la cooperación económica internacional basada en el principio de beneficio recíproco, así como del derecho internacional. En ningún caso podrá privarse a un pueblo de sus propios medios de subsistencia.”*; mientras que en el artículo 47 del primer pacto en mención, al igual que el artículo 25 del segundo de los pactos antes indicados, se preceptúa en forma común, que: *“Ninguna disposición del presente Pacto deberá*

interpretarse en menoscabo del derecho inherente de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales.”

De igual modo, existe una disposición contenida en el artículo 15.1 del Convenio Nro. 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales, que estatuye que: “(...) *Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos.*”

Ahora bien, una obligación que es común a diversos Tratados de Derechos Humanos es la prohibición de discriminación, entre otras circunstancias, por motivo de origen nacional o social, lo que implica que no se puede discriminar en sus derechos a un ciudadano por ser nacional de otro país, salvo las excepciones que se establezcan en los tratados. Asimismo, se contempla la obligación de los Estados de respetar y garantizar la vigencia de los derechos de las personas.

Se tiene entonces que la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 2, señala que: “*Toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. (...)*”; en su artículo 7 proclama: “*Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. (...)*”; y en su artículo 30 dispone: “*Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.*”

Además, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 2.1, señala que: “*Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción*

alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, (...)"; en su artículo 2.2. dispone: *"Cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto (...)"*; y en su artículo 26, se indica: *"Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. (...)"*; mientras que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 2.2. señala: *"Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión pública o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."*; y en su artículo 3 dispone: *"Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a asegurar a los hombres y a las mujeres igual título a gozar de todos los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el presente Pacto."*

De igual modo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 1, señala: *"Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (...)"*; y en su artículo 24, preceptúa: *"Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley."*; el Protocolo de San Salvador, en su artículo 3, dispone: *"Los Estados partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índoles, origen nacional, social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social."*; y en su artículo 4, dispone: *"No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, a*

pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado.”; y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, en su artículo 1.1 señala: *“En la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública.”;* y en su artículo 2.1, dispone: *“Los Estados partes condenan la discriminación racial y se comprometen a seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación racial en todas sus formas (...).”*

Para que una persona acceda a la Corte Interamericana de Derechos Humanos debe previamente agotar la jurisdicción interna de su país, tras lo cual presentará su petición individual (queja) ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por afectación de algunos de los derechos civiles y políticos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, siendo que dicho órgano puede optar por llevar el caso ante la referida corte. En el caso de los derechos económicos, sociales y culturales cuya protección convencional se plasma en el Protocolo de San Salvador, únicamente los derechos de sindicalización y de educación pueden ser objeto de la petición individual antes indicada, pues derechos como el derecho a la salud, a un medio ambiente sano o a la protección de la familia, están sujetos al sistema de informes periódicos que presentan los Estados sobre las medidas adoptadas para proteger dichos derechos.

La situación antes descrita revela una desprotección de los derechos económicos, sociales y culturales en el ámbito de la Convención Americana de Derechos Humanos, pues pese a fundarse en la dignidad del ser humano y ser indivisibles e interdependientes, no se sujetan al sistema de peticiones individuales que si lo tienen los

derechos civiles y políticos⁸¹. Si se tiene en cuenta que los derechos económicos, sociales y culturales son los que principalmente se ven afectados con la conducta de los Estados y la actividad de las empresas, es evidente que el mecanismo de protección internacional de los derechos de una persona en el ámbito interamericano es diferente y menos garantista que el mecanismo de protección de un inversionista extranjero. Joaquín Mejía⁸² ilustra esta situación, cuando expresa: “(...) *Los TLC contienen mecanismos precisos que garantizan severas sanciones en caso de incumplimiento, mientras que algunos Tratados de Derechos Humanos no están acompañados de los mecanismos idóneos para su cumplimiento. En un caso hipotético, un Estado Parte podría violar el derecho a la salud contemplado en el artículo 10 del Protocolo de San Salvador sin que pueda ser sancionado, pero si el mismo Estado violara la prohibición de expropiación establecido en los TLC sería objeto de denuncia por parte de la empresa afectada y de una posterior sanción por las instancias instituidas.*”

2.3.5.- Posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la relación de los Derechos Humanos y el régimen de protección de la Inversión Extranjera

Según la Opinión Consultiva Nro. OC-22/16⁸³ del 26 de febrero de 2016, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, haciendo una interpretación del artículo 1.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y siguiendo la línea de su jurisprudencia, concluyó que las personas jurídicas no son titulares de derechos consagrados en la referida convención, por lo que no pueden intervenir como parte agraviada ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y por consiguiente, no pueden alegar a su favor las garantías contenidas en los Tratados sobre Acuerdos Internacionales de Inversión.

⁸¹ Situación similar se advierte con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que carece de un mecanismo de comunicación individual o denuncia individual de víctimas de violación de sus derechos a fin de que sea examinado por el Comité de Derechos Humanos, que si tiene el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁸² MEJIA RIVERA, Joaquín Armando. “Tratados de Libre Comercio (TLC) y Derechos Humanos: Un desafío para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. En: *Revista Cejil*, Año 4, Nro. 5, año 2009, pag. 2. Disponible en el enlace “Catalogo en Línea”, de la sección “Biblioteca” de la pagina web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: www.corteidh.or.cr (ultima visita: 17 de noviembre de 2021).

⁸³ Opinión Consultiva OC-22/16 del 26 de febrero de 2016 sobre “Titularidad de Derechos de las Personas Jurídicas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. Fundamento Jurídico 70.

No obstante, se pueden mencionar los siguientes casos de la Corte en los que han abordado asuntos vinculados a la inversión extranjera.

2.3.5.1.- Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay⁸⁴

En este asunto, la Corte se pronunció sobre la relación entre las garantías a la inversión extranjera contenidas en los Acuerdos internacionales de Inversión y el régimen de protección de los Derechos Humanos en el sistema interamericano.

En dicha controversia, la Comunidad indígena Sawhoyamaya que venía habitando tradicionalmente el Chaco Paraguayo, vio restringido su derecho a la propiedad sobre sus tierras al ser transferidas a propiedad privada. El Estado Paraguayo, entre sus argumentos de defensa, señaló que los derechos del propietario del área, estaban amparados por un tratado que habían suscrito Paraguay y Alemania, para fomentar en forma recíproca la protección de inversiones de capital.

Al respecto, la Corte, además de reconocer que la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado y que dicha posesión otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de su propiedad, deja en claro su posición respecto del argumento esgrimido por el Estado Paraguayo, al señalar que los Tratados o Acuerdos de Inversión que se firmen deben ser conformes con el régimen de protección de los derechos humanos, destacando la naturaleza especial de los Tratados de Derechos Humanos y sugiriendo su mayor jerarquía sobre los Acuerdos Internacionales de Inversión. Así, en su Fundamento Jurídico Nro. 140, la Corte señaló textualmente que: *“Finalmente, en lo que respecta al tercer argumento estatal, la Corte no cuenta con el mencionado tratado firmado entre Alemania y Paraguay, pero según lo dicho por el propio Estado, el referido tratado permite la expropiación o nacionalización de las inversiones de capital de una de las partes contratantes “por causa de utilidad o interés público”, lo cual podría justificar la devolución de tierras a los indígenas. Asimismo, la Corte considera que la aplicación*

⁸⁴ Sentencia del 29 de marzo del 2006.

de acuerdos comerciales bilaterales no justifica el incumplimiento de las obligaciones estatales emanadas de la Convención Americana; por el contrario, su aplicación debe ser siempre compatible con la Convención Americana, tratado multilateral de derechos humanos dotado de especificidad propia, que genera derechos a favor de individuos y no depende enteramente de la reciprocidad de los Estados.”⁸⁵

Pedro Nikken⁸⁶ no comparte el criterio adoptado por la Corte Interamericana respecto de la jerarquía de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre los Tratados de Protección de Inversión, pues a su parecer, ello equivaldría a decir que todas las provisiones de la Convención son “ius cogens” cuando alguna de ellas sin duda lo son, debiendo la Corte haberse ceñido en señalar la jerarquía entre los tipos de propiedad en discusión y no entre diferentes fuentes del derecho internacional. Se trata entonces de una decisión de la Corte Interamericana que ha puesto a los Tratados de Derechos Humanos en un nivel superior, que en todo caso, tuvo en consideración la cualidad especial de la protección universal de los Derechos Humanos.

2.3.5.2.- Caso Hilaire vs. Trinidad y Tobago⁸⁷

En este caso, aunque no se pronuncia específicamente sobre la relación entre la protección de los derechos humanos y la protección de las inversiones, la Corte hace referencia a la no admisión de una fragmentación del derecho internacional en el ámbito de protección de los derechos humanos, ya que la denominada “fragmentación” es una problemática vigente en el derecho internacional que implicaría el surgimiento de reglas y sistemas autónomos, en forma aislada, con poco o ninguna relación entre ellos, lo que ocasionaría una inconsistencia en la interpretación y el desarrollo del derecho internacional⁸⁸.

⁸⁵ Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Sentencia del 29 de marzo del 2006, FJ. 140.

⁸⁶ NIKKEN, Pedro, “Balancing of Human Rights and Investment Law in the Inter – American System of Human Rights”, en: *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*. Editado por P.M. Dupuy, F. Francioni y E.U. Petersmann, Oxford University Press, Oxford, Reino Unido, 2009, pag. 268.

⁸⁷ Sentencia del 1 de setiembre del 2001 (Excepciones Preliminares).

⁸⁸ SHAW, Malcolm N., *International Law*. Cambridge University Press, Sexta Edición, 2008, Cambridge, Reino Unido, pag. 66.

Así, en dicha controversia en la que el Estado de Trinidad y Tobago pretendía aceptar la competencia de la Corte en forma limitada, bajo el argumento de que había planteado una reserva a dicha aceptación, además de sostener que la Corte sólo tenía competencia si una disposición de la Convención Americana no era incongruente con la Constitución de dicho Estado, la posición de la Corte fue rechazar dicho planteamiento, pues no era admisible una observancia parcial de la Convención Americana, la cual, dado su condición de Tratado de Derechos Humanos, ostenta una condición especial en su objeto y finalidad distinta de los tratados tradicionales.

Es por ello que en el Fundamento Jurídico Nro. 93 de esta sentencia, la Corte señaló: *“(...) aceptar la declaración a la que se hace referencia, en los términos propuestos por el Estado, conduciría a una situación en que la Corte tendría como primer parámetro de referencia la Constitución del Estado y sólo subsidiariamente la Convención Americana, situación que acarrearía una fragmentación del orden jurídico internacional de protección de los derechos humanos y haría ilusorios el objeto y el fin de la Convención.”*; para luego a renglón seguido, en su Fundamento Jurídico Nro. 94, subrayar que: *“La Convención Americana, así como los demás tratados de derechos humanos, se inspira en valores comunes superiores (centrados en la protección del ser humano), está dotada de mecanismos específicos de supervisión, se aplica de conformidad con la noción de garantía colectiva, consagra obligaciones de carácter esencialmente objetivo y tiene una naturaleza especial, que la diferencia de los demás tratados, los cuales reglamentan intereses recíprocos entre los Estados partes y son aplicados por éstos, con todas las consecuencias jurídicas que de ahí derivan en los ordenamientos jurídicos internacional e interno”*.

2.3.5.3.- Caso Ximenes Lopes vs. Brasil⁸⁹

En este asunto, la Corte Interamericana hizo mención en forma indirecta a la relación entre derechos humanos e inversiones, específicamente con los casos de la prestación de servicios públicos que brindan empresas particulares, al determinar la responsabilidad de

⁸⁹ Sentencia del 4 de julio del 2006.

Brasil de atentar contra los derechos a la vida e integridad personal del ciudadano Damião Ximenes Lopes, quien era una persona con discapacidad mental y fue hallado muerto mientras estuvo internado en un hospital privado de salud, siendo imputable a Brasil su omisión de fiscalizar y supervisar las actividades de una entidad privada que efectuaba servicios en nombre del Estado, en este caso, el de brindar salud.

En la sentencia dictada en este caso, su Fundamento Jurídico Nro. 96, la Corte subrayó que: *“La prestación de servicios públicos implica la protección de bienes públicos, la cual es una de las finalidades de los Estados. Si bien los Estados pueden delegar su prestación, a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el bien público respectivo. La delegación a la iniciativa privada de proveer esos servicios, exige como elemento fundamental la responsabilidad de los Estados en fiscalizar su ejecución, para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción y para que los servicios públicos sean provistos a la colectividad sin cualquier tipo de discriminación, y de la forma más efectiva posible.”*; mientras que en su Fundamento Jurídico Nro. 97 estableció que: *“Los Estados están obligados a respetar los derechos reconocidos en la Convención y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos, extendiéndose esa obligación a todos los niveles de la administración, así como a otras instituciones a las que los Estados delegan su autoridad.”*

Cabe recordar que la propia Corte Interamericana ha establecido que la responsabilidad internacional de los Estados se determina fundamentalmente en base a lo dispuesto en el artículo 1.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, como lo expuso en el “caso Cinco Pensionistas vs. Perú”⁹⁰, cuyo Fundamento Jurídico Nro. 163 reza: *“El artículo 1.1 es fundamental para determinar si una violación de los derechos humanos reconocidos por la Convención puede ser atribuida a un Estado Parte. En efecto, dicho artículo pone a cargo de los Estados Partes los deberes fundamentales de respeto y de garantía, de tal modo que todo menoscabo a los derechos humanos reconocidos en la*

⁹⁰ Sentencia del 28 de febrero del 2003.

Convención que pueda ser atribuido, según las reglas del Derecho internacional, a la acción u omisión de cualquier autoridad pública, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos por la misma Convención. (...)”.

En consecuencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dejado sentado que los Acuerdos Internacionales de Protección de Inversión, los Tratados Bilaterales de Inversión y los Tratados de Libre Comercio en su capítulo sobre protección de inversiones, deben ser conformes con la Convención Americana de Derechos Humanos, siendo deber de los Estados garantizar que ello sea así, pues cualquier detrimento en el goce efectivo de los derechos humanos, por acción u omisión de las obligaciones del Estado, con el fin de favorecer disposiciones de otros instrumento internacionales, significaría su responsabilidad internacional. De este modo, en el sistema interamericano, no sólo las disposiciones de orden interno no pueden ser invocadas para incumplir las obligaciones contenidas en los Tratados de Derechos Humanos, sino, del mismo modo, tampoco pueden ser alegadas disposiciones basadas en otros Tratados Internacionales, como los Acuerdos Internacionales de Inversión, para restar eficacia al régimen de protección de derechos humanos.

2.4.- RELACIÓN ENTRE EL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y LOS DERECHOS HUMANOS

2.4.1.- Desde la doctrina y el derecho internacional

Como se puede apreciar, los regímenes de promoción y protección de los derechos humanos así como de protección de inversiones extranjeras, son dos campos en los que el derecho constitucional e internacional han presenciado una gran evolución en los últimos 70 años, además de haberse desarrollado casi paralelamente luego de la Segunda Guerra Mundial, puesto que desde ese entonces se han venido expidiendo mecanismos a través de tratados internacionales para hacer factible su protección y reparar alguna afectación ocasionada por el Estado.

Así, los derechos humanos han evolucionado de tal forma que se han suscrito tratados multilaterales y se han reconocido normas consuetudinarias que resaltan la protección de derechos básicos de la persona humana, estableciéndose tribunales internacionales permanentes a cargo de la revisión de las denuncias por violación de derechos humanos, como es el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos.

En lo que respecta a la protección de inversiones, aún cuando no existen tratados multilaterales ni tribunales internacionales permanentes que efectivicen su protección, hay una red de aproximadamente 3,000 tratados bilaterales de inversión suscritos entre diversos Estados a nivel mundial, los que constituyen el instrumento más importante para la protección internacional de la inversión extranjera⁹¹ y que contienen similares garantías para los inversionistas extranjeros frente al Estado, además de contemplar la vía del arbitraje internacional para la solución de controversias, existiendo foros internacionales especializados de administración de arbitraje como el CIADI, que vienen teniendo relevancia por el creciente número de controversias que allí se tramitan.

El número cada vez mayor de suscripción de un régimen de protección de inversiones contenidas en Tratados Bilaterales de Inversión o en los Tratados de Libre Comercio ha respondido a la apertura de los países sub-desarrollados a incentivar y atraer la inversión extranjera como un elemento fundamental para el crecimiento económico, para lo cual se han contemplado mecanismos que garanticen que dichas inversiones recibirán un tratamiento equitativo, justo y sin abuso de poder por parte de los Estados receptores de la inversión. Dicho crecimiento ha ido de la mano con el número de casos sometidos al arbitraje internacional, en donde las políticas públicas del Estado demandado son pasibles de ser revisadas, así como se discute la afectación de derechos humanos en caso los Estados aleguen el ejercicio de su soberanía de dictar políticas y leyes para

⁹¹ POLANCO LAZO, Rodrigo, “Transparencia y derechos de terceros en arbitrajes internacionales sobre inversión extranjera” en: *Revista de Derecho Económico*, AÑO XLVII, Nro. 75, Universidad de Chile, Santiago de Chile, Chile, 2010, pag. 101.

salvaguardar los derechos humanos de su población⁹². Este hecho responde a lo que Gregorio Peces Barba⁹³ denomina el “imperialismo de la economía”, en donde la economía se convierte para algunos en criterio moral último, desde el que se juzga a otra realidad como la jurídica, interesando más la libertad de mercado que la libertad de las personas.

Asimismo, las críticas de la población acerca de la calidad de bienes o servicios que brindan las empresas transnacionales, o los abusos que éstas cometen en perjuicio de los derechos humanos como el acceso al agua potable, a tener una alimentación adecuada, al acceso a servicios de salud o la protección de derechos laborales; a lo que se agrega la mellada imagen que en la opinión pública vienen teniendo estas empresas por escándalos de corrupción o malas prácticas competitivas, como el caso de la empresa brasileña Odebrecht⁹⁴, han contribuido al debate público acerca del reforzamiento del rol protector y supervisor del Estado en la economía, para sancionar estas malas prácticas empresariales, avivando también una escalada de conflictos sociales que por medio de huelgas o protestas públicas, generan una inseguridad jurídica para los inversionistas extranjeros.

En estos aspectos es donde se genera la discusión sobre la vinculación entre los derechos humanos y la inversión extranjera, pues considerando que el Estado al suscribir un tratado de cualquier índole, se encuentra obligado en el ámbito del derecho internacional a respetar las reglas allí establecidas y que rigen las relaciones con el otro Estado (o Estados) u Organización Internacional participante, se ve en la encrucijada entre adoptar medidas para salvaguardar el ejercicio de los derechos humanos, con el riesgo de que ello sea interpretado por el inversionista como una afectación a su inversión que merece ser compensado con una millonaria indemnización por haberse transgredido las

⁹² Tal como sucedió con la crisis económica Argentina en diciembre del año 2001, en el que a fin de afrontar dicha situación en salvaguarda de los derechos de sus ciudadanos, tuvo que adoptar medidas económicas que afectaron a los inversionistas extranjeros. Esto trajo como consecuencia Argentina haya sido sometida ante arbitraje internacional por diversas empresas extranjeras.

⁹³ PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Editorial DYKINSON S.L., Madrid, España, 2004, pag. 115.

⁹⁴ Una encuesta de Pulso Perú, publicado en el diario Gestión en su edición del 6 de marzo de 2017, revela que el 78% de peruanos considera que hay más empresas extranjeras corruptas que operan en el país.

disposiciones del respectivo Acuerdo Internacional de Protección de Inversiones⁹⁵; o que el Estado adopte una actitud abstencionista que puede interpretarse como un incumplimiento de sus obligaciones de hacer efectivos los derechos y libertades de las personas, contenidos en Tratados de Derechos Humanos. Así las cosas, se trata de una situación en donde el interés privado de la empresa y el interés público del Estado, se contraponen.

Entonces, la discusión respecto del vínculo de estos dos campos del derecho se plasma en las controversias que se someten en el arbitraje internacional de inversiones, en la que, como se ha señalado, los Estados suelen alegar en su defensa aspectos relacionados con la protección de derechos humanos. En principio, lo que se discute en este tipo de arbitraje es si el Estado ha incumplido alguna de las cláusulas contenidas en el acuerdo internacional de protección de inversiones, siendo que el propósito de estos tratados es proteger y promover inversiones, mientras que los derechos humanos vienen a ser una materia ajena a dicha finalidad, salvo que exista una cláusula en el tratado que disponga lo contrario.

Como señalan Clara Reiner y Christoph Schreuer⁹⁶, no es imposible que en los tratados que promueven la protección de inversiones, como sucede con los Tratados Bilaterales de Inversión, se regulen aspectos de derechos humanos, aunque ello es altamente inusual, como el caso de los Tratados Modelos “BIT” (Bilateral Investment Treaties) de China (2003), Francia (2006), Alemania (2005), Estados Unidos (2004) o el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA) y el Tratado de la Carta de la Energía, que no contienen disposiciones sobre derechos humanos.

⁹⁵ Para Ursula Kriebaum, los Estados pueden intervenir en las operaciones de los inversionistas extranjeros a fin de asegurar el respeto de los derechos humanos, basado en el hecho de que la población puede ser víctima de abusos de derechos humanos por parte de dichos inversionistas. KRIEBAUM, Ursula. “Foreign Investment and Human Rights: The Actors and Their Different Roles”. En: *The Future of ICSID and The Place of Investment Treaties in International Law*. Editado por Jansen Calamita, David Earnest y Markus Burgstaller, British Institute Of International and Comparative Law, Londres, Reino Unido, 2013, pag. 50.

⁹⁶ REINER, Clara y SCHREUER, Christoph, “Human Rights and International Investment Arbitration”, en *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*, Editado por P.M. Dupuy, F. Francioni y E.U. Petersmann, Oxford University Press, Oxford, Reino Unido, 2009, pag. 82.

Cabe indicar que el actual Modelo de Tratado BIT del año 2012 de Estados Unidos de América, contiene en su preámbulo el compromiso de que los objetivos del tratado sean consistentes con asuntos como la protección de la salud, de la seguridad, y el medio ambiente, mientras que al regular la expropiación indirecta, se indica que no será considerado como tal, aquella medida no discriminatoria adoptada por el Estado con el fin de proteger objetivos legítimos, como son los casos antes citados. Estas cláusulas están contenidas en el Tratado de Libre Comercio suscrito entre dicho país y el Perú.

En el caso de los Acuerdos Comerciales que ha suscrito el Perú con la Unión Europea y con EFTA, como se detallará líneas abajo, si se han incluido en su preámbulo provisiones relativas a compromisos con la protección de derechos humanos; por lo que no debería haber mayor dificultad para alegar cuestiones relativas sobre derechos humanos en caso surja alguna controversia que tenga relación con esta materia, pese a que dichos acuerdos no contienen cláusulas sobre régimen de protección de inversiones.

Ahora bien, en la doctrina nacional, Fernando Cantuarias y Franz Kundmuller⁹⁷ hacen mención a la tesis anglosajona “non precluded measures” o “medidas disconformes”, la cual, según dichos autores: “...se refiere a las medidas que debe tomar un Estado por razones de seguridad pública, orden público, salud pública, moral y buenas costumbres. De modo que en estos casos y dependiendo de cómo se haya pactado en el respectivo acuerdo internacional de inversiones, la protección al inversionista quedaría en suspenso ante la existencia de la necesidad de proteger un interés superior.”. Además, ambos autores señalan que: “un número considerable de este tipo de acuerdos o tratados incorporan dichas medidas, las mismas que, ante determinadas circunstancias, determinan que una medida adoptada por un gobierno se encuentre fuera del ámbito de aplicación de un acuerdo internacional de inversiones.”

⁹⁷ CANTUARIAS, Fernando y KUNDMULLER, Franz. “El arbitraje Inversionista – Estado entre los Estados de la Unión Europea y el Perú”, en: *Acuerdo Comercial entre Perú – Colombia y la Unión Europea: contenido, análisis y aplicación*. Editores Fernando Cantuarias Salaverry y Pierino Stucchi Lopez Raygada, Universidad del Pacífico, Primera Edición, Lima, Perú, 2013; pag. 475.

A nivel internacional se tiene la posición de Juan Pablo Bohoslavsky y Juan Bautista Justo⁹⁸, quienes resaltan el deber del Estado de proteger los derechos humanos en su condición de derechos “erga omnes”, los cuales son fundamento de sus facultades regulatorias; por lo que se justifica la restricción de los derechos del inversionista para proteger algún derecho convencional. Es por ello que ambos autores señalan respecto de los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) que: “...concebir a los TBIs como artífices de un espacio de inaplicabilidad de las convenciones sobre derechos humanos comportaría una clara contradicción con la firme decisión de que desde fines de la segunda guerra mundial ha orientado el desarrollo de estos y que en el caso latinoamericano encontró su expresión en el Pacto de San José de Costa Rica. No es posible leer a este tipo de acuerdos bilaterales como generadores de un ámbito impermeable a las directivas convencionales, de un catálogo de asuntos (los relativos a inversiones) donde ellas no tengan injerencia. (...)”.

En dicha línea, Alejandro Teitelbaum⁹⁹ plantea incluso la nulidad del tratado que haya sido celebrado en violación manifiesta de los derechos y garantías fundamentales consagrados en la Constitución Política de una de las partes y en las principales normas internacionales de los derechos humanos, en aplicación de los artículos 46¹⁰⁰ y 53¹⁰¹ de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

⁹⁸ BOHOSLAVSKY, Juan Pablo y JUSTO, Juan Bautista: “Control de Convencionalidad de los Arbitrajes de Inversión”, pag. 44. Disponible en: <http://alumnosmdag.blogspot.pe/2011/10/control-de-convencionalidad-de-los.html> (última visita: 18-11-2021)

⁹⁹ TIETELBAUM, Alejandro. Op. cit. pag. 155.

¹⁰⁰ Artículo 46.- “Disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados.

1. El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifiesto en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.
2. Una violación es manifiesta si resulta objetivamente evidente para cualquier Estado que proceda en la materia conforme a la práctica usual y de buena fe.”

¹⁰¹ Artículo 53.-“Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (“jus cogens”)

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”

Por su parte, Ursula Kribeaum¹⁰² apela no tanto al modo como se deben interpretar los textos del contrato o de los tratados relacionados con la promoción de inversiones, sino a las negociaciones previas antes de la suscripción de dichos textos. Así, la referida autora afirma que en caso de enfrentamiento del derecho de los inversionistas frente a la protección de los derechos humanos, dicha situación debe ser analizada con la revisión de los contratos de concesión, en donde tanto los inversionistas como los Estados sean sensibles a las implicaciones sobre los derechos humanos de los proyectos de privatización y decidan el cargo compartido de los costos del cumplimiento de las obligaciones relevantes de derechos humanos en el comienzo o antes de que surja alguna disputa; de ahí que considera que una negociación asignada de responsabilidades para el respeto de los derechos humanos involucrados es un factor esencial en ese punto.

Howard Mann¹⁰³, señala que ante este conflicto, es mejor tener una infraestructura regulatoria adecuada para proteger derechos humanos antes de que se efectúe la inversión, como un modo efectivo de prever problemas relacionados con los derechos humanos, a la vez que reducir el riesgo de reclamos de los inversionistas bajo el derecho internacional de la inversión, cuando se dicten nuevas medidas. En dicha línea, Clara Reiner y Christoph Schreuer¹⁰⁴ señalan que la mera alegación acerca de una transgresión de derechos humanos en el contexto de una inversión extranjera no es suficiente para conferir jurisdicción en un tribunal y que para determinar si un tribunal arbitral es competente para decidir acerca de asuntos de derechos humanos, la cláusula que establece jurisdicción es decisiva. Es por ello que indican que, en ausencia de normas específicas de derechos humanos en acuerdos internacionales de inversión, además del hecho de que los Estados parte tienen la libertad de seleccionar la ley aplicable, las provisiones de derechos humanos son aplicables en la extensión en que éstos sean incluidos en el derecho aplicable de las partes.

¹⁰² KRIEBAUM, Ursula. “Privatizing Human Rights – The Interface between International Investment Protection and Human Rights”, pag. 189. Disponible en: https://www.univie.ac.at/intlaw/kriebaum/pub_uk_10.pdf (última visita: 18 -11-2021).

¹⁰³ MANN, Howard, “International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and opportunities”. En: *International Institute for Sustainable Development*, february-2008, pag. 38. En: https://www.iisd.org/system/files/publications/iaa_business_human_rights.pdf (última visita: 18 -11-2021).

¹⁰⁴ REINER, Clara y SCHREUER, Christoph. Op. cit. pag. 84.

Luke Eric Peterson¹⁰⁵ resalta que al menos los derechos humanos de carácter “ius cogens” deberían ser tenidos en cuenta por los árbitros en la solución de disputas en materia de inversiones extranjeras, en los que el Derecho Internacional sea aplicable al caso. Asimismo, considera que la formulación de los Tratados Bilaterales de Inversión resultan muy limitados si solo se acuerdan derechos a los inversionistas sin establecer alguna obligación o deber respecto de la protección de específicos derechos humanos; por lo que sugiere la inclusión de determinadas garantías o protección de derechos humanos en futuros acuerdos internacionales de inversiones.

De manera similar, Benedic Kingsbury y Stephan Schill¹⁰⁶, refieren que las restricciones que los tratados y el arbitraje de inversiones imponen a los poderes regulatorios de los Estados, han generado la iniciativa de algunos países, como Estados Unidos, de modificar sus modelos de Tratados Bilaterales de Inversión, pues dichos tratados ni suelen imponer condiciones bajo las cuales el Estado receptor de la inversión restrinja derechos de los inversionistas extranjeros, ni tampoco se definen tipos de excepciones a las garantías concedidas a dichos inversionistas (del modo como por ejemplo se señala en el artículo XX¹⁰⁷ del Acuerdo GATT); es por ello que consideran positivo que, ante esta situación, sea la sede arbitral el ámbito donde se pueda balancear la protección de la inversión y el poder regulatorio de los Estados, lo que promoverá de igual modo tanto las justificaciones de las acciones gubernamentales como la actividad de los tribunales arbitrales que podrán argumentar con reglas jurídicas distintas del marco del derecho de los inversionistas.

Es así como la jurisprudencia arbitral ha establecido dos criterios respecto del rol regulatorio del Estado, a fin de evaluar los casos de una expropiación indirecta de la inversión. Como señala Ivar Alvik¹⁰⁸, uno de ellos es el denominado “Sole Effects

¹⁰⁵ PETERSON, Luke Eric. Op. cit. pag. 36.

¹⁰⁶ KINGSBURY, Benedict y SCHILL, Stephan W. “Public Law concepts to balance investors’ rights with state regulatory actions in the public interest – The concept of proportionality”. En: *International Investment Law and Comparative Public Law*, Editado por Stephan W. Schill, publicado por Oxford University Press, New York – Estados Unidos de America, 2010, pag. 76.

¹⁰⁷ En dicho artículo se enumeran las excepciones a las normas de comercio mundial.

¹⁰⁸ ALVIK, Ivar. *Contracting with Sovereignty, State Contracts and International Arbitration*. Publicado por Hart publishing Ltd, Oxford, Gran Bretaña, 2011, pag. 261 y ss.

Doctrine” o doctrina del efecto único, la cual reside en una concepción del derecho internacional de inversiones de proteger los derechos y bienes de los extranjeros frente a su privación debido a propósitos políticos de los Estados, no obstante los alcances o consideraciones de estos propósitos; siendo que ante esta interferencia en los derechos de propiedad, corresponde el pago de una indemnización. Casos resueltos bajo las reglas del Convenio CIADI como Santa Elena vs. Costa Rica; CMS vs Argentina; y Metalclad Corporation vs. México, son ejemplo de ello.

El otro criterio es el denominado “Police Power” y es más funcional de la potestad regulatoria de los Estados y enfocado en la función, propósito y naturaleza de la misma como factores decisivos. Aquí se acepta que la regulación puede causar daños sustanciales al privar de derechos a los inversionistas, pero dicha privación es causada por la pérdida de oportunidad de continuar una actividad considerada dañosa a la sociedad en su conjunto. Se menciona para ello la aplicación del “test de proporcionalidad” que permite al Estado un “amplio margen de discreción en el ejercicio de su responsabilidad de regular” y por consiguiente, al ser un ejercicio ordinario de su poder regulatorio, el Estado no tiene el deber de pagar compensación alguna al inversionista. Ejemplo de esta jurisprudencia se advierte de casos tratados bajo las reglas UNCITRAL como Methanex Corporation vs USA y Saluka Investment vs. República Checa, o el reciente fallo CIADI Philip Morris S.A. vs. Uruguay.

Se tiene entonces que en tanto los Tratados Bilaterales de Inversión y los Tratados de Libre Comercio no contengan cláusulas expresas sobre protección de derechos humanos, serán los árbitros quienes analizarán la relación entre estos dos campos del Derecho Internacional al resolver los casos según el marco normativo aplicable a la solución de controversias de dichos tratados, teniendo en cuenta que a efectos de interpretar alguna disposición, éstos acuden frecuentemente no sólo al contexto de los términos del tratado sino al objeto y propósito del mismo¹⁰⁹.

¹⁰⁹ SALACUSE, Jeswald W. Op. cit. pag. 147.

Así, cabe la posibilidad de aplicar normas del Derecho Internacional (que comprenden la protección de los Derechos Humanos), tal como sucede con los casos resueltos bajo las reglas del Convenio CIADI, cuyo artículo 42.1 señala expresamente: *“El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieran ser aplicables.”* Al respecto, Luis Gonzales García¹¹⁰ señala que resulta aplicable el principio de integración, según el cual, los tratados no deben ser considerados aisladamente del derecho internacional en general; por lo que los derechos humanos juegan un rol en el derecho de las inversiones, aunque en sentido práctico, no es exactamente claro cómo ambos campos del derecho interactúan en una controversia sobre inversiones, lo que depende de cada caso.

Incluso se debe tener en cuenta que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, si bien estipula principios básicos en la observancia y cumplimiento de los Tratados, como es el caso de su artículo 26 que estipula la obligación de las partes de cumplir el tratado de buena fe o principio *“Pacta Sunt Servanda”*, además de lo preceptuado en su artículo 27 en el sentido de que: *“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”*, también contiene reglas básicas de interpretación como es lo señalado en su parte introductoria cuando estipula que los Estados Parte de dicha Convención: *“(…) Teniendo presente los principios de derecho internacional incorporados en la Carta de las Naciones Unidas, tales como los principios de la igualdad de derechos y de la libre determinación de los pueblos, de la igualdad soberana y la independencia de todos los Estados, de la no injerencia en los asuntos internos de los Estados, de la prohibición de la amenaza o el uso de la fuerza y del respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos y la efectividad de tales derechos y libertades.”*¹¹¹,

¹¹⁰ GONZALES GARCÍA, Luis. “The Role of Human Rights in International Investment Law”. En: *The Future of ICSID and The Place of Investment Treaties in International Law*. Editado por Jansen Calamita, David Earnest y Markus Burgstaller, British Institute Of International and Comparative Law, Londres, Reino Unido, 2013, pag. 35.

¹¹¹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, Introducción, sexto párrafo.

además de las disposiciones contenidas en sus artículos 31¹¹² (reglas generales de interpretación), 32 (medios complementarios de interpretación) y 33 (interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas), debiendo subrayar que dicho artículo 31, en su numeral 3, literal c), señala que juntamente con el contexto del tratado, se debe tener en cuenta: *“Toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.”*

2.4.2.- Casos de arbitraje bajo reglas CIADI y UNCITRAL sobre la relación entre derechos humanos e inversión extranjera

A renglón seguido, se hace una breve reseña de procesos arbitrales de inversión donde se han planteado alegaciones sobre protección de derechos humanos, respecto de los cuales, los tribunales arbitrales adoptaron diversas posiciones, ya sea a favor o en contra de la protección de los inversionistas. El caso argentino es ejemplificador de esta dicotomía, pues en los casos en los que dicho Estado se defendió alegando la adopción de medidas de emergencia para proteger los derechos humanos debido a la crisis financiera del año 2001, los tribunales arbitrales tuvieron criterios discordantes.

¹¹² Artículo 31.- “Regla General de interpretación.

1. Un Tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.
2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:
 - a) todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
 - b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado;
3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:
 - a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
 - b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
 - c) toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.”

2.4.2.1.-Southern Pacific Properties (Middle East) Limited (SPP) vs. Egipto (CIADI – Caso Nro. ARB/84/3)

Se trata del reclamo presentado por la empresa SPP, que en el año 1974, firmó un contrato con una empresa pública de Egipto y el Ministerio de Turismo de dicho país, para participar mediante asociación Joint Venture en el desarrollo de complejos turísticos y residenciales en un terreno ubicado cerca de las Pirámides de Giza. Posteriormente, cuando la construcción se había iniciado en el año 1977, el Ministerio de Cultura expidió en el año 1978 un decreto por el que declaraba que los terrenos alrededor de las Pirámides eran propiedad pública, basado en un informe de la Autoridad de Antigüedades Egipcias que había confirmado la presencia de ruinas arqueológicas en dicha área. Como consecuencia de ello, la autoridad en materia de inversiones de Egipto revocó la autorización del proyecto de inversión, amparándose también que en el año 1975 había entrado en vigor para Egipto la Convención de la UNESCO para la protección del Patrimonio Cultural y Natural de la Humanidad.

El Tribunal Arbitral consideró que la Convención de la UNESCO recién entró en vigor respecto del país demandado en 1979, año en que Egipto nominó el área de las Pirámides como zona protegida y que fue aceptado por un Comité conformado según dicha convención. Asimismo, señaló que recién a partir de entonces (y no antes) una hipotética continuación de las actividades de SPP que interfiera el área arqueológica protegida sería considerada ilegal desde un punto de vista internacional¹¹³.

Respecto de la decisión de revocar la autorización que tenía SPP, el Tribunal señaló que si bien era un acto en el ejercicio de la soberanía del Estado y sustentado en el propósito público de preservar y proteger el patrimonio cultural, ello debía ser efectuado con el pago de una indemnización a quienes vean sus derechos afectados por dicha decisión, pues según el derecho internacional, los derechos contractuales podían ser indirectamente expropiados; por lo que era deber del Estado compensar en caso de expropiación, lo cual no podía ser desconocido basado en que la regulación nacional

¹¹³Caso CIADI Nro. ARB/84/3, decisión del 20 de mayo de 1992; párrafo 154.

sólo contemplaba un significado específico de “expropiación” o de que era aplicable para tipos específicos de propiedad¹¹⁴. En consecuencia, el Tribunal falló a favor de SPP y ordenó a Egipto el pago de una indemnización de US\$ 27, 661,000.00 por concepto de compensación y costos de arbitraje.

Como se puede apreciar, el Tribunal desestimó las obligaciones de Egipto derivados de la Convención de UNESCO y el ejercicio legítimo de sus atribuciones soberanas de regular la conservación y protección de su patrimonio cultural.

2.4.2.2.- Parkerings-Compagniet AS vs. Lituania (CIADI – Caso Nro. ARB/05/8)

En este caso, la controversia se deriva del contrato suscrito en 1999 entre el Municipio de la ciudad de Vilnius (Lituania) y el consorcio Egapris, del que formaba parte la empresa Parkerings-Compagniet AS, a fin de crear, desarrollar y mantener un sistema de parqueo público en dicha ciudad. Durante la ejecución de dicho contrato, el Gobierno de Lituania dictó una ley que modificaba las regulaciones sobre cargos y tarifas y que, a criterio del consorcio, afectaba sus expectativas puestas en el contrato, lo que motivó que demandara a dicho Estado ante el CIADI. Al respecto, el Tribunal Arbitral dejó sentado que el Estado tiene el derecho innegable de ejercer su soberanía legislativa, pudiendo emitir, modificar o derogar una ley, estando más bien prohibido que el Estado actúe en forma irrazonable e injusta en el ejercicio de dicho poder soberano. Asimismo, el Tribunal Arbitral refirió que el inversionista debía estar al tanto de los cambios de la legislación y que, en todo caso, podía haber optado por tener en el contrato una cláusula de estabilización legal, lo que no había sucedido en los hechos¹¹⁵.

De otro lado, el Tribunal señaló que no se había producido una expropiación indirecta en los términos del Acuerdo de Inversión suscrito entre Noruega y Lituania, pues la alegación de la empresa demandante de que el término del contrato con la Municipalidad de Vilnius le había ocasionado la pérdida del valor de sus activos, no involucraba al

¹¹⁴Ibíd., párrafos 164 y 165.

¹¹⁵Caso CIADI Nro. ARB/05/8, decisión del 11 de setiembre de 2007; párrafos 332 y 336.

Estado de Lituania al no haber actuado en ejercicio de su poder soberano sino como parte de un contrato¹¹⁶. Es por ello que la demanda fue desestimada.

2.4.2.3.- Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. vs. Costa Rica (CIADI – Caso Nro. ARB/96/1)

Se trata de la controversia para determinar el monto de compensación a pagar a la Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A., la misma que, tras ser pasible de expropiación de un área territorial de su propiedad por parte de Costa Rica, éste ofreció pagar a la empresa una suma aproximada de US\$ 2 millones de dólares, basado en el valor de mercado de la fecha en que se produjo la expropiación y la legislación ambiental que restringía el desarrollo comercial de Santa Elena. Frente a ello, la empresa solicitaba un monto aproximado de US\$ 41 millones de dólares por concepto de compensación por la expropiación de su propiedad.

Frente a esta situación, el Tribunal señaló que las medidas expropiatorias por motivos de protección de medio ambiente, al margen de cuan beneficioso sean para la sociedad, son similares a cualquier otro tipo de expropiación que un Estado podría adoptar a fin de implementar sus políticas (lo que incluiría a los supuestos de expropiación indirecta); es decir, donde una propiedad es expropiada, aún por propósitos ambientales, sea a nivel nacional o internacional, permanece la obligación del Estado de pagar una compensación¹¹⁷.

Finalmente, el Tribunal haciendo una valoración de los argumentos expuestos por las partes y las circunstancias relevantes del caso, ordenó que el pago total de la compensación a favor de la empresa demandante (valor principal de la propiedad y los intereses), sea de US\$ 16 millones de dólares.

¹¹⁶Ibíd, párrafo 445.

¹¹⁷Caso CIADI Nro. ARB/96/1, decisión del 17 de febrero de 2000; párrafo 72.

2.4.2.4.-Técnicas Medioambientales TECMED S.A. vs. Estados Unidos Mexicanos (CIADI – Caso Nro. ARB (AF) /00/2)

En este caso, la empresa TECMED se adjudicó en el año 1996 un terreno en el Estado de Sonora, México, para construir una planta de confinamiento de desechos industriales peligrosos, el cual contaba con la licencia de funcionamiento respectiva, siendo que en el año 1998, el Instituto Nacional de Ecología de México (INE) no aceptó la solicitud de renovación de funcionamiento de dicho confinamiento y ordenó su cierre. El Estado Mexicano, al efectuar su descargo en el proceso arbitral planteado por TECMED por estos hechos, expresó que su actuar fue un acto regulatorio dentro del marco del poder de policía del Estado, dirigido a proteger el medio ambiente y salud pública; ello debido a las infracciones cometidas dicha empresa y al hecho de que la ubicación del confinamiento no cumplía con la normatividad correspondiente por estar cerca del centro urbano de la ciudad.

Frente a ello, el Tribunal Arbitral señaló que del texto del Acuerdo Internacional de Inversión entre España y México, y la interpretación de sus términos: “(...) *no surge que actos administrativos de naturaleza regulatoria se encuentren per se excluidos de su ámbito de aplicación, aún si obedecen a razones de utilidad pública – como la protección del medioambiente – cuando menos cuando el impacto económico negativo de tales actos en el patrimonio del inversor es de magnitud tal que el valor o utilidad económica comercial de su inversión es totalmente neutralizado sin que el inversor sea compensado. (...).*”¹¹⁸ Además, el Tribunal refirió que: “*En síntesis, fueron razones vinculadas con circunstancias de orden social o político y las presiones sobre las autoridades municipales, estatales y el mismo INE originadas en tales circunstancias, y no otras, las que en realidad preponderaron en la decisión del INE de no renovar la Autorización.(...).*”; para luego señalar: “*Seguramente Tecmed y Cytrar tampoco desconocían la existencia de dicha normativa (normativa legal mexicana aplicable), pero era claro que ésta no alcanzaba al Confinamiento, debido a que cuando el Confinamiento fue diseñado y construido y se fijaron los procedimientos técnicos para*

¹¹⁸Caso CIADI Nro. ARB (AF)/00/2, decisión del 29-05-2003; párrafo 121.

su operación, dicha normativa no se encontraba en vigencia y no podía ser de aplicación retroactiva, (...).”¹¹⁹. Es por ello que el Tribunal concluyó que México infringió las garantías relativas a la expropiación y al trato justo y equitativo, y ordenó el pago de US\$ 5, 533,017.12 a favor de la empresa TECMED, por concepto de compensación.

2.4.2.5.-Biwater Gauff vs. Tanzania (CIADI – Caso Nro. ARB 05/22)

En este caso, Biwater Gauff Limited (en adelante “BGT”), consorcio conformado por las empresas Biwater (Reino Unido) y Gauff (Alemania), participó en una convocatoria del Estado de Tanzania para la provisión de los servicios de suministro de agua y sistema de desagüe en la ciudad de Dar es Salaam, resultando ganador de dicha licitación; por lo que administró la operación de dicho servicio a través de la empresa City Water, suscribiendo en el año 2003 diversos contratos con la autoridad local respectiva para la implementación del proyecto. Posteriormente, en el año 2005, debido a hechos vinculados con incumplimiento contractual, el Estado de Tanzania, a través del ministerio responsable del sector del servicio de agua, decidió dar término al contrato; lo que motivó que BGT demandara a dicho Estado ante el CIADI, al considerar que la medida adoptada constituía un acto que había expropiado su inversión y se había efectuado fuera del procedimiento contractual de negociación entre las partes.

En su defensa, Tanzania señaló que BGT había incumplido diversos compromisos contractuales, tales como el pago de renta mensual y el envío de reportes, por lo que ejerció su potestad de terminar el contrato¹²⁰. Asimismo, Tanzania alegó que los servicios de agua y desagüe eran de vital importancia y que la no actuación de City Water ponía en peligro los US \$ 165 millones de dólares en proyectos para mejorar estos servicios y había creado una real amenaza a la salud y bienestar público y ante ello, el sistema debía dejar de ser controlado por City Water¹²¹.

¹¹⁹ Ibíd, párrafos 132 y 141.

¹²⁰ Caso CIADI Nro. ARB 05/22, del 24 de julio de 2008; párrafos 422-424.

¹²¹ Ibíd, párrafos 434-436.

El Tribunal consideró que si bien hubieron serios problemas en el desempeño del contrato, su curso normal fue interrumpido por una serie de eventos atribuidos al Estado de Tanzania que no podían ser considerados como una conducta ordinaria contractual y que impactaron en forma adversa los derechos de City Water, como fue el anuncio público de índole política del ministro del sector responsable del servicio de agua sobre la terminación del contrato, que fue realizado fuera de los mecanismos contractuales existentes¹²²; o el control de las instalaciones y la gestión de City Water, ejecutado con auxilio de la fuerza policial, siendo ello injustificado y arbitrario para propósitos públicos¹²³.

El Tribunal concluyó que Tanzania infringió las garantías sobre no expropiación y trato justo y equitativo, empero no ordenó el pago de indemnización pues consideró que no se ocasionó daño a BGT sino sólo a sus derechos contractuales que por sí mismos carecían de valor.

2.4.2.6.-Siemens A.G. vs. Argentina (CIADI – Caso Nro. ARB 02/8)

Se trata de la controversia planteada por la empresa Siemens A.G. de capitales franceses en contra de Argentina, debido a que el contrato que ambas partes suscribieron en el año 1998, en virtud de la cual una subsidiaria de dicha empresa debía proveer un servicio integral de implementación de control de inmigración, identificación personal y electoral así como preparación, impresión y entrega de documentos de identidad, había sido dejado sin efecto mediante Decreto Nro 669/01 del año 2001, en aplicación de la Ley Económico Financiera del año 2000 que habilitaba al Presidente de la República a renegociar contratos del sector público e incluso rescindirlos, por razones de emergencia.

En su defensa, Argentina señaló que la decisión de terminar unilateralmente el contrato se debió al contexto de cambios de la economía del país y por motivos de política

¹²² *Ibíd*, párrafo 498.

¹²³ *Ibíd*, párrafo 503.

pública, pues había una masiva crisis fiscal que requería el recorte de proyectos que involucraban un alto nivel de gasto público; además de motivos de índole técnica, pues fue una respuesta ante un inadecuado desempeño de las obligaciones de la empresa¹²⁴. Asimismo, Argentina alegó que las medidas buscaban defender la seguridad del Estado y mantener segura la información de sus habitantes pues de otro modo se podría violar los derechos consagrados en tratados sobre protección de derechos humanos¹²⁵.

El Tribunal desestimó los argumentos de Argentina al señalar que el dictado del decreto por el que se dejaba sin efecto el contrato, era un acto no basado en el contrato sino en el ejercicio del poder de autoridad, pues dicho decreto se había justificado en la Ley Económico Financiera del año 2000, es decir, en actos basados en altos niveles gubernamentales; además que no hubo propósito público en la emisión del mencionado decreto y fue más bien un ejercicio del poder público para reducir costos¹²⁶. Es por ello que el Tribunal ordenó el pago de una compensación de US\$ 217, 828,439.00 a favor de la empresa, pues a su parecer, el Estado demandado incumplió la garantía de expropiación sujeta a pago de compensación.

2.4.2.7.-CMS Gas Transmission Company vs. Argentina (CIADI – Caso Nro. ARB 01/8)

En este caso, la empresa CMS Gas Transmission Company de capital estadounidense demandó ante el CIADI al Estado Argentino, debido a que la licencia que detentaba una subsidiaria de dicha empresa desde 1992 para el transporte de gas natural, se vio afectada con la decisión del mencionado país, adoptado en el año 2000, de suspender la aplicación de una fórmula de ajuste de tarifas para el transporte de gas y el cálculo de dichas tarifas en dólares americanos, que habían estado previstas en la legislación y regulación de la materia cuando se firmó el contrato; lo que le ocasionó pérdidas en sus ingresos y su capacidad de pago de deudas.

¹²⁴Caso CIADI Nro. ARB (02/8), decisión del 06-02-2007; párrafos 243 y 244.

¹²⁵ Ibíd párrafo 271.

¹²⁶ Ibíd, párrafo 308.

Entre sus argumentos de defensa, Argentina señaló que dada su obligación de asegurar una eficiente operación del servicio de transporte y distribución del gas, tenía potestad discrecional de regular las tarifas, considerando razones de índole social y público, pues éstas debían asegurar a los consumidores un costo mínimo compatible con el suministro que debía ser eficiente¹²⁷. Asimismo, alegó que debido a la crisis económica - social que el país atravesaba desde el año 2000, era aplicable la excepción de responsabilidad por incumplimiento del tratado debido a la situación de “emergencia nacional”¹²⁸.

De otro lado, Argentina pretendió hacer prevalecer los Tratados de Derechos Humanos sobre los Tratados Bilaterales de Inversión, cuando argumentó que algunos tratados básicos de Derechos Humanos tenían reconocimiento constitucional por encima de los tratados ordinarios y que la crisis económica y social que había afectado el país comprometió derechos humanos básicos; por lo que ningún tratado de inversión podría prevalecer pues sería una violación de derechos reconocidos constitucionalmente¹²⁹.

El Tribunal desestimó todos los argumentos esgrimidos por Argentina, señalando que los Tratados de Derechos Humanos y la Constitución Argentina, protegen el derecho de propiedad, además de referir que no existía alguna cuestión sobre afectación de derechos humanos entre los asuntos en disputa por las partes¹³⁰. De otro lado, sobre la alegada situación de “emergencia nacional”, el Tribunal arguyó que no se configuraron los supuestos del artículo 25 del Proyecto de artículos sobre Responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos, al ser Argentina quien contribuyó a la situación de crisis económica y de emergencia¹³¹. Por consiguiente, el Tribunal consideró que Argentina no brindó un trato justo y equitativo, al haber alterado el ambiente legal y de negocios bajo los cuales se efectuó la inversión, ordenando el pago de una compensación de US\$ 133.2 millones a favor de la empresa demandante.

¹²⁷Caso CIADI Nro. ARB 01/8, decisión del 12-05-2005; párrafo 95.

¹²⁸ *Ibíd*, párrafo 99.

¹²⁹ *Ibíd*, párrafo 99.

¹³⁰ *Ibíd*, párrafo 121.

¹³¹ *Ibíd*, párrafos 320-329.

2.4.2.8.- Azurix Corp. vs. Argentina (CIADI – Caso Nro. ARB 01/12)

Se trata de la controversia sometida ante el CIADI por la empresa Azurix Corp, de capital estadounidense, que reclamó una indemnización de Argentina por haber adoptado medidas que afectaron el contrato de concesión que dicha empresa tenía desde 1999, a través de una subsidiaria, para prestar el servicio de distribución de agua potable y saneamiento en la provincia de Buenos Aires, que luego en el año 2002 fue dejado sin efecto en forma unilateral. Dichas medidas consistieron, entre otras, en la no aplicación del régimen tarifario de la concesión, pues la gobernación de Buenos Aires había exhortado a los clientes a no pagar las facturas por dicho servicio; y la falta de respaldo para que la empresa tenga financiamiento.

Argentina alegó en su defensa que la concesionaria no había adoptado medidas idóneas para subsanar los problemas derivados de la concesión, por lo que hubo una crisis en la prestación del servicio de agua potable¹³². Asimismo, señaló que la provincia de Buenos Aires tenía la potestad exclusiva de rescindir la concesión en caso de incumplimiento de los términos de dicha concesión, además que había un conflicto entre el Tratado Bilateral de Inversión (TBI) y los Tratados de Derechos Humanos que protegían a los consumidores, el cual debía resolverse a favor de éstos últimos¹³³. Finalmente, pidió al Tribunal que en caso se determine su responsabilidad en los hechos demandados, tenga en cuenta el período por el que el país atravesó la peor crisis económica y social de su historia¹³⁴.

El Tribunal desdeñó lo expresado por Argentina sobre los derechos humanos, al indicar que: *“La Demandada ha planteado también la cuestión de la compatibilidad del TBI con los tratados de derechos humanos. Este asunto ha sido apenas debatido por las partes, y el Tribunal no logra comprender la incompatibilidad invocada en las circunstancias del caso de autos. Los usuarios continuaron recibiendo los servicios sin interrupción por parte de ABA durante los cinco meses siguientes a la notificación de la*

¹³²Caso CIADI Nro. ARB 01/12, decisión del 14-07-2006; párrafos 130-131.

¹³³ Ibíd, párrafos 253-254.

¹³⁴ Ibíd, párrafo 400.

rescisión y por parte de la nueva empresa provincial después de la transferencia del servicio.”¹³⁵

De otro lado, la conducta de la provincia de Buenos Aires de rechazar la solicitud de rescisión del contrato planteado por la concesionaria, además del contexto de politización del régimen tarifario y las exhortaciones dirigidas a los clientes a no pagar las facturas; y la privación a la concesionaria de documentación que había solicitado, fueron conductas que constituyeron un proceder arbitrario que menoscabaron la explotación de la inversión¹³⁶. No hubo pronunciamiento respecto del alegato sobre la situación de crisis por la que atravesó Argentina.

De allí entonces, el Tribunal concluyó que Argentina había faltado a sus obligaciones de brindar un trato justo y equitativo, protección y seguridad, y ordenó el pago de una indemnización de US\$ 165, 240,753.00 a favor de Azurix Corp.

2.4.2.9.-Sempra Energy International vs. Argentina (CIADI – Caso Nro. ARB 02/16)

Se trata de la empresa Sempra Energy International (en adelante “Sempra”), de capital estadounidense, que había efectuado una inversión en Argentina a través de dos subsidiarias que a su vez adquirieron en el año 1996 la participación en dos empresas que contaban con licencia para distribución de gas natural, bajo condiciones legislativas y reglamentarias que le permitían calcular las tarifas en dólares y hacer un ajuste semestral conforme la variación de los precios de los productos de Estados Unidos de América (IPP). Ante las medidas que Argentina adoptó a partir del año 2000, como la Ley de Emergencia (Ley Nro. 25,561) del año 2002 que dejó sin efecto el cálculo de tarifas y el ajuste semestral antes señalado, dicha empresa interpuso una demanda contra Argentina ante el CIADI, reclamando el pago de una indemnización por incumplimiento de diversas disposiciones del Tratado Bilateral de Inversión entre Estados Unidos de América y Argentina (en adelante “TBI”).

¹³⁵ *Ibíd*, párrafo 261.

¹³⁶ *Ibíd*, párrafos 374-393.

Argentina alegó a su favor que, debido a la crisis económica del año 2001, tuvo que dictar la Ley de Emergencia y abandonar el régimen de convertibilidad, medida que fue aplicada al conjunto del sistema económico y no en particular a los extranjeros¹³⁷.

Asimismo, Argentina señaló que las licencias de distribución de gas, implicaba tener en cuenta el interés público y la discrecionalidad del poder regulatorio, además que la modificación de unas normas no podía considerarse contraria a los derechos contemplados en la Constitución¹³⁸. –Además, planteó subsidiariamente que en caso de encontrarse responsabilidad en la violación del TBI, se le debería excluir de la misma en virtud de la situación de emergencia nacional conforme al ordenamiento jurídico nacional e internacional, que se había materializado en la Ley de Emergencia del año 2002¹³⁹.

El Tribunal señaló respecto de la medida de Argentina de abandonar el régimen de cálculo de tarifas, lo siguiente: *“La distinción hecha por la Demandada entre la modificación del régimen de convertibilidad y su abandono no resulta convincente. La finalidad de las garantías y de la estabilización es de que funcionen concretamente cuando surgen los problemas, no cuando los negocios continúan como siempre. El sistema tarifario aprobado fue concebido como una característica permanente y no transitoria de la privatización. Si se hubiera en realidad tenido la intención de darle una vigencia transitoria, debería haberse informado así claramente a los posibles inversores. Una vez más, nada de eso se hizo. (...)”*¹⁴⁰. Asimismo, señaló que el marco regulatorio contenía metodologías de ajuste y de revisión periódica de tarifas, incluyendo la posibilidad de una revisión extraordinaria; por lo que Argentina optó por medidas unilaterales bajo medidas de emergencia, con prescindencia del marco regulatorio y el ordenamiento jurídico interno¹⁴¹.

¹³⁷Caso CIADI Nro. ARB 02/16, decisión del 28-09-2007; párrafo 122.

¹³⁸ Ibíd, párrafos 135 y 138.

¹³⁹ Ibíd, párrafos 325-327.

¹⁴⁰ Ibíd, párrafo 151.

¹⁴¹ Ibíd, párrafos 260-261.

En cuanto a las medidas de emergencia dictadas en el año 2002, el Tribunal consideró que éstas no cumplieron con los parámetros que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Argentina había establecido para su reconocimiento jurídico, pues no fueron de naturaleza temporal, además que se habían alterado derechos esenciales otorgados en la licencia, y no fueron razonables¹⁴². Asimismo, sobre el estado de necesidad y la supervivencia institucional y preservación del orden constitucional, el Tribunal alegó que este debate suscitó la compleja relación entre Tratados de Inversión, la emergencia y los derechos humanos tanto de ciudadanos como de propietarios; sin embargo, el verdadero problema en el presente caso no era determinar si acaso la supervivencia del Estado estuvo en peligro debido a la crisis, o si el gobierno aún tenía muchas herramientas a su disposición para hacer frente a la situación; siendo que para el Tribunal, el orden constitucional no estaba al borde de derrumbarse y los derechos adquiridos podrían aún haberse respetado por medio de medidas temporales y de renegociación. Es por ello que, a su parecer, en Argentina hubo una grave crisis pero no comprometió la existencia del Estado, además que hubieron factores endógenos y exógenos que provocaron la crisis¹⁴³.

En conclusión, el Tribunal determinó la responsabilidad de Argentina por faltar a su obligación de brindar un trato justo y equitativo, al haber modificado de manera sustancial el marco jurídico en relación al cual se llevó a cabo la inversión, ordenando el pago de una indemnización de US\$ 128, 250,462.00 a favor de Semptra.

2.4.2.10.-Emilio Agustín Maffezini vs. España (CIADI – Caso Nro. ARB 97/7)

En este asunto, el señor Emilio Agustín Maffezini, natural de Argentina, efectuó una inversión en una empresa constituida en España en 1985 que se dedicaría a la fabricación y distribución de productos químicos en la Comunidad Autónoma de Galicia. Dicha empresa se llamó EAMSA y parte del accionariado de la misma (accionista minoritario) era detentado por una sociedad española llamada SODIGA. Tras

¹⁴² *Ibíd*, párrafos 248-256.

¹⁴³ *Ibíd*, párrafos 332-353.

una infructuosa negociación con SODIGA, el señor Maffezini presentó en 1997 una reclamación ante el CIADI contra SODIGA, invocando el Acuerdo Bilateral de Inversiones entre España y Argentina, alegando que esta última era responsable de los costos adicionales de la Evaluación de Impacto Ambiental (EIA), que resultaron mayores a los inicialmente estimados, además que le había prestado asesoría equivocada sobre los costos del proyecto, objeto de la empresa EAMSA.

En su defensa, España alegó que SODIGA era una empresa privada y sus actos no podían ser atribuidos a dicho Estado; asimismo, señaló que el señor Maffezini era responsable del estudio de factibilidad del proyecto y que estaba consciente de los requisitos de la EIA y que decidió adquirir el terreno y proceder a la construcción antes de recibir la aprobación de la EIA¹⁴⁴.

El Tribunal, sobre las alegaciones relacionadas con la EIA, señaló que el señor Maffezini tenía pleno conocimiento de los requisitos relativos a la EIA, efectuando la adquisición del terreno y las obras de construcción antes de la aprobación de dicha evaluación; por lo que el estudio inicial de EAMSA tras ser insuficiente y luego de que se le requiriera información adicional, la aprobación de la EIA se otorgó en forma expedita, siendo que la decisión de discontinuar el proyecto no tuvo relación con la EIA. Asimismo, el Tribunal precisó que el procedimiento de evaluación ambiental era fundamental para proteger debidamente el medio ambiente y aplicar las medidas preventivas, lo cual era válido no sólo en la legislación española y la legislación de la Comunidad Económica Europea, sino en el derecho internacional, haciendo mención a las disposiciones constitucionales, comunitarias y legales de España relativos a la protección del medio ambiente y a la EIA¹⁴⁵.

Finalmente, si bien el Tribunal determinó que España no era responsable de las decisiones adoptadas por el demandante en relación a la EIA, no fue del mismo parecer respecto de una operación crediticia realizada a favor de la empresa EAMSA, la cual fue

¹⁴⁴Caso CIADI Nro. ARB 97/7, decisión del 13-11-2000; párrafo 45.

¹⁴⁵ *Ibíd.*, párrafos 66-69.

autorizada por SODIGA y efectuada en ejercicio de sus funciones públicas desempeñadas en Galicia, sin conocimiento del señor Maffezini¹⁴⁶; por lo que estableció la responsabilidad de España por este hecho, por incumplimiento de proteger la inversión y por no brindar un trato justo y equitativo, ordenando se pague una indemnización de ESP 57,641,265.28 millones de pesetas a favor del demandante.

2.4.2.11.-Methanex Corporation vs. Estados Unidos de América (Reglas de arbitraje UNCITRAL)

Este proceso arbitral se efectuó en el contexto del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN; o NAFTA por sus siglas en inglés), a partir de la controversia surgida entre Methanex Corporation (en adelante “Methanex”), inversionista canadiense y productor de Metanol, y Estados Unidos de América, por el que dicha empresa reclamó una compensación de alrededor de US\$ 970 millones de dólares por las pérdidas ocasionadas en su base de clientes y mercado, nivel de ventas, reputación, entre otros, debido a la prohibición del estado de California en el año 2002, de la comercialización y uso de un aditivo para oxigenación de gasolina llamado MTBE (Methyl Tertiary-Butyl Ether o denominado Eter Metil Terbutílico), que tenía como componente químico al Metanol.

El Estado de California alegó que las regulaciones adoptadas entre 1997 y 2002 se debieron a que el uso del aditivo MTBE para gasolina, representaba un riesgo significativo para el medio ambiente y ello se basó en un reporte efectuado por la Universidad de California, en la que se valoró el impacto en la salud humana y el medio ambiente de la sustancia MTBE, específicamente en el riesgo asociado a la contaminación del agua potable y las fuentes de agua; recomendando más bien el uso del aditivo Etanol por tener menor impacto en el medio ambiente¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Ibíd, párrafos 76 y 77.

¹⁴⁷Caso Methanex Corporation vs Estados Unidos de América, decisión del 03-08-2005, páginas 161-186.

El Tribunal señaló que el reporte de la Universidad de California era serio, objetivo y científico, que sustentaba el peligro del uso del aditivo MTBE por contaminar el agua, sin haber evidencia de que el Estado de California o la mencionada Universidad hubieran pretendido favorecer a la industria del Etanol o perjudicar a los productores de Metanol¹⁴⁸.

Asimismo, el Tribunal hizo mención a la doctrina de derecho internacional “Poder de Policía” según la cual, una regulación que no sea discriminatoria, tenga un fin público, y sea dictado siguiendo el debido proceso, y que podía afectar *inter alios*, a un inversionista extranjero o inversión, no sería considerado expropiatorio y compensable, a menos que hubiera habido específicos compromisos efectuados por el gobierno hacia el inversionista extranjero de que aquel se abstendría de ejercer su poder regulatorio. Es por ello que, al verificar el propósito y el modo en que la prohibición de California fue dictada, el Tribunal concluyó que dicha prohibición fue una regulación legal y no una expropiación¹⁴⁹.

Finalmente, el Tribunal desestimó la demanda de Methanex, alegando carecer de jurisdicción para resolver su reclamo, pues las cuestionadas medidas del Estado de California no tenían vinculación o conexión suficiente con Methanex o sus inversiones, al no haber intención de dañar a los productores extranjeros de Metanol (entre ellos a Methanex) ni beneficiar a productores nacionales de Etanol.

2.4.2.12.-LG & E Energy Corp vs. Argentina (CIADI – Caso Nro. ARB 02/1)

Se trata del caso de las empresas LG & E Energy Corp., LG & E Capital Corp. y LG & E International Inc., de capital estadounidense (en adelante “LG & E Energy Corp”), que a partir del año 1997 tuvieron participación en tres compañías de distribución de gas en Argentina, bajo los alcances de las leyes y regulaciones de dicho país que concedían diversas garantías a los inversionistas, tales como el cálculo de las tarifas en dólares y el

¹⁴⁸Ibíd, página 210.

¹⁴⁹Ibíd, páginas 278 - 281.

ajuste semestral conforme la variación de precios de los productos de Estados Unidos de América (IPP), que luego fueron dejados sin efecto mediante la Ley de Emergencia (Ley Nro. 25,561) del año 2002. Dichas medidas ocasionaron que LG & E Energy Corp demandara a la Argentina ante el CIADI, reclamando el pago de una indemnización por incumplimiento de diversas disposiciones del Tratado Bilateral de Inversión entre Estados Unidos de América y Argentina (en adelante “TBI”).

En su defensa, Argentina adujo que no incurrió en violación del TBI y que su actuación estaba amparada en el “Estado de Emergencia”, que estaba reconocida en el derecho argentino, así como en algunas disposiciones del TBI y en la costumbre internacional, por ser necesario para proteger los intereses de salud y seguridad¹⁵⁰. Asimismo, señaló que la ley sobre regulación del gas no establecía “protección cambiaria” y que el abandono de la aplicación del IPP no ocasionó pérdidas a los licenciatarios¹⁵¹.

El Tribunal precisó que las normas sobre distribución del gas le garantizaban a los inversionistas una protección frente a fluctuaciones cambiarias y una utilidad razonable, por lo que con el dictado de la Ley de Emergencia del año 2002 se afectaron las tarifas del sector de gas así como las tasas de retorno de la inversión de LG & E Energy Corp., lo que se tradujo en un incumplimiento de Argentina de brindar un trato justo y equitativo al inversionista, en lo referente a garantizar la estabilidad del sistema legal. Así, el Tribunal señaló que: “(...) *Ciertamente, LG&E tenía conocimiento de los riesgos inherentes a su inversión en un Estado extranjero. Pero, en el presente caso, este Tribunal estima que Argentina se extralimitó desmontando totalmente el marco jurídico establecido, el cual había sido establecido precisamente para atraer a los inversionistas*”¹⁵².

De otro lado, el Tribunal analizó con mayor detenimiento el concepto de Estado de Necesidad, y concluyó que en el caso de Argentina, si se produjo dicho estado entre el 1º de diciembre de 2001 y el 26 de abril de 2003, pues dicho lapso de tiempo fue un

¹⁵⁰Caso CIADI Nro. ARB 02/1, decisión del 03-10-2006; párrafos 75; 215-219.

¹⁵¹ Ibíd, párrafos 114-116.

¹⁵² Ibíd, párrafo 139.

período de crisis en la que eran necesarias medidas para mantener el orden público y proteger los interés esenciales de seguridad, como fue la adopción de la Ley de Emergencia del año 2002, ya que hubieron desórdenes públicos en el marco de una severa crisis institucional, con incremento de los indicadores de pobreza, desempleo, crisis en el sector salud, entre otros. Asimismo, la demandante no acreditó que Argentina hubiera provocado dicha crisis y más bien, ese país demostró su intención de frenar la gravedad de la crisis; por lo que se concluyó que resultaba justificable la excepción prevista en el artículo XI del TBI¹⁵³.

Es por ello que el Tribunal exoneró a la Argentina del pago de indemnización por daños ocasionados durante el período comprendido entre el 1º de diciembre de 2001 y el 26 de abril de 2003, siendo que los daños producidos fuera de este período producto de incumplimiento de disposiciones del TBI, se determinaron en un posterior laudo.

2.4.2.13.-Philip Morris S.A. vs. Uruguay (CIADI – Caso Nro. ARB /10/7)

Es el caso de las empresas Philip Morris Brands S.A.R.L., Philip Morris Products S.A. & Abal Hermanos S.A., las dos primeras constituidas en la Confederación Suiza (en adelante “Philip Morris”), que demandaron a Uruguay ante el CIADI por transgredir diversas obligaciones del Tratado Bilateral de Inversión entre Suiza y Uruguay (en adelante “TBI”), debido a que las regulaciones dictadas por el gobierno uruguayo para controlar la industria y comercialización del tabaco, afectaron el valor de sus marcas registradas (entre ellas “Marlboro”), sus derechos de propiedad intelectual y expropiaron su inversión, siendo las medidas cuestionadas la Ordenanza Nro. 514 (año 2008) que prohibió el uso de presentaciones múltiples de una misma marca de cigarro; y la Regulación 80/80 (año 2009) que dispuso que el 80% de cada lado de las cajetillas de cigarrillos debían contener advertencias impresas de protección de la salud, reservando el restante 20% para la publicidad de su marca.

¹⁵³ *Ibíd.*, párrafos 226-257. El artículo XI del TBI dispone lo siguiente: “El presente Tratado no impedirá la aplicación por cualquiera de las Partes de las medidas necesarias para el mantenimiento del orden público, el cumplimiento de sus obligaciones para el mantenimiento o la restauración de la paz o seguridad internacionales, o la protección de sus propios intereses esenciales de seguridad”.

Uruguay justificó el dictado de sus disposiciones en el ejercicio legítimo de su poder de policía de proteger la salud pública, las cuales, si bien podían interferir la propiedad de extranjeros al ser un ejercicio válido de dicho poder, no se debían considerar como expropiación y por ende no implicaba el pago de compensación¹⁵⁴. Asimismo, señaló que no se produjo expropiación pues el valor del negocio no fue reducido; y que bajo el derecho doméstico e internacional, la titularidad de una marca no implica disfrutar de un absoluto derecho de uso y libre de regulación¹⁵⁵.

Al respecto, el Tribunal mencionó que ni la Ordenanza Nro. 514 ni la Regulación 80/80 afectaron de forma sustancial el negocio de Philip Morris, por lo que no se configuró expropiación¹⁵⁶. Asimismo, el Tribunal hizo referencia a la doctrina del “Poder de Policía” para señalar que en lo referente a la protección de la salud pública, era una de sus esenciales manifestaciones, además de estar conforme con la disposición del artículo 2 del TBI que reconocía el derecho de los Estados contratantes de no admitir actividades económicas por razones de seguridad pública, salud pública o moralidad, entre otros; para luego mencionar, citando un reporte de la OCDE, que dicha doctrina estaba reconocida como un principio de derecho internacional consuetudinario, por el que el ejercicio de buena fe del Poder de Policía de un Estado y de modo no discriminatorio, adoptado por un propósito público y que ocasione perjuicio económico a un inversionista, no requiere el pago de compensación alguna. Es así que para el Tribunal, la Ordenanza Nro. 514 y la Regulación 80/80 cumplen las condiciones de ser acciones en ejercicio del Poder de Policía para proteger la salud pública¹⁵⁷.

El Tribunal también señaló que las medidas implementadas por Uruguay no fueron arbitrarias y más bien eran razonables debido a que tuvieron un propósito público en un esfuerzo por dar cumplimiento a las obligaciones de dicho país, asumidas bajo el Convenio Marco para el Control del Tabaco (año 2003), el mismo que contenía diversas medidas de control del Tabaco para ser implementadas por las partes signatarias, cuyo

¹⁵⁴Caso CIADI Nro. ARB /10/7, decisión del 08-07-2016; párrafos 181-182.

¹⁵⁵ *Ibíd*, párrafos 211; 232.

¹⁵⁶ *Ibíd*, párrafos 276-287.

¹⁵⁷ *Ibíd*, párrafos 291-307.

fin era reducir sustancialmente el predominio al uso y la exposición al humo del Tabaco¹⁵⁸.

Por los argumentos basados en la doctrina de “Poder de Policía” y las disposiciones del propio TBI y el Convenio Marco para el Control del Tabaco, el Tribunal desestimó la demanda de Philip Morris, priorizando la salud pública sobre la propiedad intelectual, siguiendo una tendencia adoptada por otros tribunales frente a demandas en las que las tabacaleras cuestionaban las regulaciones de los gobiernos sobre publicidad del Tabaco.¹⁵⁹

¹⁵⁸ *Ibíd*, párrafos 391-420.

¹⁵⁹ “Rumbo al anonimato. La regulación de la comercialización de cigarros es más estricta”, diario Gestión, Lima, edición del 9 de agosto de 2016, página 12.

CAPÍTULO 3

RELACIÓN ENTRE LOS REGÍMENES DE PROTECCIÓN DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS TRATADOS SOBRE PROTECCIÓN DE INVERSIONES: CASO PERUANO

3.1.- TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN SUSCRITOS POR EL PERÚ Y LAS GARANTÍAS OTORGADAS A LOS INVERSIONISTAS

Según información obtenida del portal web de Pro Inversión¹⁶⁰, el Perú ha suscrito 32 Tratados Bilaterales de Inversión o Acuerdos de Protección y Promoción recíproca de inversiones, con el fin específico de promover el flujo de inversión extranjera entre el Perú y su contraparte en cada tratado, es decir, con otro Estado, a través de la concesión de garantías a los inversionistas y salvaguardando en algunos casos, la potestad soberana del Estado de dictar políticas en favor del interés general.

Estos tratados que mayormente fueron suscritos a partir de 1990 y corresponden a la etapa de apertura al libre comercio y la inversión extranjera, siguieron un modelo de Tratados Bilaterales de Inversión de Estados Unidos de 1994¹⁶¹, representando así una fase primigenia de acuerdos internacionales de inversión, pues las más avanzadas vienen a ser los Tratados de Libre Comercio que regulan diversas materias como el comercio de bienes y servicios, compras públicas, circulación de personas o promoción de inversiones; siendo que en algunos casos, los Tratados de Libre Comercio dejan sin efecto algunos Tratados Bilaterales de Inversión, por regular la misma materia; mientras que en otros casos, estos últimos tratados subsisten ante la ausencia de disposiciones sobre inversiones en los Tratados de Libre Comercio.

¹⁶⁰ Se puede acceder directamente en el enlace: www.investinperu.pe, enlace: clima de inversión.

¹⁶¹ DUPUY ORTIZ DE ZEVALLOS, Jaime, “Los Acuerdos Internacionales en materia de inversiones”, en: “Ius Inter Gentes” Nro. 5, setiembre 2008, Año 5 – Revista de Derecho Internacional, pag. 50. Dicho autor también sostiene que a partir de la aplicación de la implementación del capítulo 11 sobre inversiones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (NAFTA), Estados Unidos formula un nuevo modelo de BIT que será la base de los Acuerdos Internacionales de Inversión de nueva generación.

TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN SUSCRITOS POR EL PERÚ

PAIS	GARANTÍAS A FAVOR DE LOS INVERSIONISTAS	EXCEPCIONES A LAS GARANTÍAS OTORGADAS A LOS INVERSIONISTAS
<p style="text-align: center;">Alemania (en vigencia desde el 1-5-1997)</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Trato justo y equitativo (art. 2). -No discriminación de la inversión (art. 2.3). -Trato nacional (art. 3). -Prohibición de la expropiación o dictado de medidas que equivalgan a expropiación, salvo en caso de necesidad pública, en cuyo caso se debe pagar una indemnización (art. 4). -Aplicación de norma o convenio posterior más favorable a los inversionistas, en defecto de lo previsto en el presente Tratado (art. 7). -Vía arbitral internacional para resolver las controversias con relación a las inversiones, en caso los tribunales internos no resuelvan la controversia en plazo determinado o en caso las partes así lo hayan convenido (art. 9). 	<p>-Adenda al artículo 3:</p> <p><i>“A) Como actividades en el sentido del párrafo segundo del artículo 3, se considerarán especial, pero no exclusivamente, la administración, la utilización, el uso y el aprovechamiento de una inversión. Se considerarán especialmente como “trato menos favorable” en el sentido del artículo 3: la limitación en la adquisición de materias primas y auxiliares, energía y combustibles, así como medios de producción y explotación de toda clase, la obstaculización de la venta de productos en el interior del país y en el extranjero, y toda medida de efectos análogos. <u>No se considerarán como “trato menos favorable” en el sentido del artículo 3, las medidas que se tomen por razones de seguridad y orden público, sanidad pública o moralidad.</u></i> (...).”</p>
<p style="text-align: center;">Argentina (en vigencia desde el 24-10-1996)</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Trato justo y equitativo (art. 2.3.). -Trato nacional (art. 3). -Prohibición de la expropiación o dictado de medidas que equivalgan a expropiación, salvo en caso de seguridad nacional o utilidad pública, en cuyo caso se debe pagar una indemnización (art. 4). -Compensación por pérdidas debido a guerra, conflicto armado u otros (art. 5). -Aplicación de norma o convenio posterior más favorable a los inversionistas, en defecto de lo previsto en el presente Tratado (art. 9). -Vía arbitral como alternativa para la solución de controversias relativas a disposiciones del Tratado. Puede ser arbitraje internacional que podrá ser ante el CIADI. (art. 10). - Vía arbitral para resolver las controversias respecto de la interpretación o aplicación del Tratado. (art. 11). 	<p>-No se señalan.</p>

<p>Australia (en vigencia desde el 2-2-1997)</p>	<p>-Trato justo y equitativo (art. 3.1). -Trato nacional (art. 4). -Prohibición de la expropiación o dictado de medidas que equivalgan a expropiación o nacionalización, salvo sea por un propósito público y no sea discriminatoria, en cuyo caso se debe pagar una indemnización (art. 7). -Vía arbitral para la solución de controversias en relación con el Tratado. Puede ser un arbitraje internacional. (art. 12). -Aplicación de norma o convenio posterior más favorable a los inversionistas, en defecto de lo previsto en el presente Tratado (art. 15).</p>	<p>-No se señalan.</p>
<p>Bolivia (en vigencia desde el 19-3-1995)</p>	<p>-Trato justo y equitativo (art. 3.1). -Trato nacional (art. 3.2.). - Expropiación: <i>“Las inversiones efectuadas de conformidad con este Convenio por los nacionales de una de las Partes Contratantes no podrán, en el territorio de la otra Parte Contratante, ser expropiadas, nacionalizadas, o sometidas a otras medidas que en sus efectos equivalgan a expropiación o nacionalización, salvo por causas de necesidad y utilidad pública o de interés social declaradas conforme a las leyes de la Parte Contratante en donde se realice la medida y, en tal caso, deberán ser debidamente indemnizadas.”</i> (art. 5.2). -Tratamiento de la Nación más favorecida, en las materias regidas por los artículos 5 y 6 del Convenio (art. 7). -Vía arbitral como alternativa para resolver controversias sobre inversiones. Puede ser arbitraje internacional que podrá ser ante el CIADI. (art. 11).</p>	<p>-Tratamiento Nacional y Cláusula de la Nación más favorecida (art. 3) “(…) (5) Nada de lo acordado en el presente Convenio impedirá a una Parte Contratante reservar a sus nacionales ciertas actividades económicas de acuerdo con su Constitución Política. <u>Asimismo, nada le impedirá adoptar las medidas exigidas por razones de seguridad nacional interna y externa, orden público o moral, siempre que no sean discriminatorias.”</u></p>
<p>Canadá (Acuerdo suscrito el 14-11-2006)</p>	<p>Las disposiciones correspondientes de este Acuerdo están ahora comprendidas en el Tratado de Libre Comercio suscrito con Canadá.</p>	
<p>Chile (Acuerdo suscrito el 2-2-2000)</p>	<p>Las disposiciones correspondientes de este Acuerdo están comprendidas en el Tratado de Libre Comercio suscrito con Chile.</p>	

<p>Colombia (en vigencia desde el 30-12-2010)</p>	<p>-Trato nacional (art. 2). -Trato de la Nación más favorecida (art. 3). -Expropiación e Indemnización: “1.- Ninguna de las Partes nacionalizará o expropiará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente, mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (“expropiación), salvo:</p> <ul style="list-style-type: none"> • en el caso de Colombia, por propósito público o interés social, • en el caso de Perú, por necesidad pública o seguridad nacional, <p>de conformidad con el debido proceso y el Artículo 4 (Nivel Mínimo de Trato), de una manera no discriminatoria y mediante el pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva. (...)” (art. 11.1) -Vía arbitral como alternativa para la solución de controversias sobre inversión. Puede ser arbitraje internacional que podrá ser ante el CIADI. (art. 20).</p>	<p>-Requisitos de Desempeño: (art. 6) “(…)” 9. Siempre que dichas medidas no se apliquen de manera arbitraria o injustificada y a condición que esas medidas no constituyan una restricción encubierta al comercio o inversión internacional, nada de lo dispuesto en los párrafos 1 (b) –sobre alcanzar un determinado grado de contenido nacional-, (c) –sobre comprar o utilizar preferencia a las mercancías producidas en su territorio - y (f) –sobre transferir una tecnología particular a una persona en su territorio - y 2 (a) y (b), <u>se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener medidas, incluidas las de naturaleza ambiental:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> (i) necesarias para asegurar el cumplimiento de leyes y regulaciones que no sean incompatibles con las disposiciones de este Acuerdo; (ii) <u>necesarias para proteger la vida o salud humana, animal o vegetal;</u> o (iii) relacionadas con la preservación de recursos naturales no renovables vivo o no. <p>(…)”</p> <p>-Excepciones Generales: (art. 8) “1. Sujeto al requisito de que las siguientes medidas no se apliquen de una manera en que constituyan una discriminación arbitraria o injustificable entre las inversiones o entre los inversionistas, o una restricción encubierta al comercio internacional o entre los inversionistas, o una restricción encubierta al comercio internacional o a la inversión, <u>nada en el presente Acuerdo se interpretará como una forma de evitar que una Parte adopte o haga cumplir las siguientes medidas necesarias:</u></p> <ul style="list-style-type: none"> (a) <u>Para proteger la vida o la salud de los seres humanos, los animales o las plantas;</u> (b) Para garantizar el cumplimiento de las leyes y normas que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo; o, (c) Para conservar los recursos naturales vivos y no vivos no renovables. <p>(…)”</p>
--	---	---

		<p>-Medidas sobre Salud, Seguridad y Medioambientales: (art. 9)</p> <p><i><u>“1. Las Partes reconocen que no es adecuado fomentar la inversión mediante la relajación de las medidas sobre salud, seguridad o medioambientales nacionales. En consecuencia, una Parte no deberá dejar de aplicar o flexibilizar, o no deberá ofrecer dejar de aplicar o flexibilizar dichas medidas como una forma de incentivar el establecimiento, adquisición, expansión o conservación en su territorio de una inversión de un inversionista. (...).</u></i></p> <p>(...).”</p> <p>Anexo C: Expropiación:</p> <p>“(...)</p> <p><i>5. Salvo en circunstancias excepcionales, como cuando una medida o serie de medidas son demasiado severas a la luz de su objetivo que no pueden ser consideradas de manera razonable como que fueron adoptadas y aplicadas de buena fe, <u>las acciones regulatorias no discriminatorias de una Parte que son diseñadas y aplicadas para proteger los legítimos objetivos de bienestar público, como salud, seguridad y medio ambiente, no constituyen una expropiación indirecta.</u>”</i></p>
<p>Cuba (en vigencia desde el 25-11-2001)</p>	<p>-Trato justo y equitativo (art. 3.1).</p> <p>-Trato nacional (art. 3.2).</p> <p>-Aplicación de norma o convenio posterior más favorable a los inversionistas, en defecto de lo previsto en el presente Tratado (art. 3.3).</p> <p>- Prohibición de la expropiación o dictado de medidas que equivalgan a expropiación, salvo por razones expresamente estipuladas en las normas constitucionales de ambas partes, en cuyo caso se debe pagar una indemnización (art. 5).</p> <p>-Compensación por pérdidas debido a guerra, conflicto armado u otros (art. 6).</p> <p>-Vía arbitral como alternativa para resolver controversias sobre inversiones realizadas de conformidad con el Convenio. Puede ser arbitraje internacional que podrá ser ante el CIADI. (art. 8).</p>	<p>-Transferencias (art. 4)</p> <p>“(...)</p> <p><i>3. No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2, una Parte podrá impedir la realización de transferencias mediante la aplicación equitativa y no discriminatoria de su legislación en los siguientes casos:</i></p> <p>(...)</p> <p><i>e) Incumplimiento de obligaciones de acuerdo con la legislación tributaria vigente; o,</i></p> <p><i>f) Incumplimiento de obligaciones de acuerdo con la legislación laboral vigente.</i></p> <p>(...).”</p>

<p>Dinamarca (en vigencia desde el 17-2-1995)</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Trato justo y equitativo (art. 3.1.) -Trato nacional (art. 3.2). -Prohibición de la expropiación o dictado de medidas que equivalgan a expropiación o nacionalización, salvo por interés público relacionado a las necesidades internas de la parte expropiante, en cuyo caso se debe pagar una compensación (art. 5). -Compensación por pérdidas debido a guerra, conflicto armado u otros (art. 6). -Vía arbitral internacional para resolver de controversias con relación a las inversiones (art. 9). - Vía arbitral internacional para resolver controversias con relación a la interpretación o aplicación del Tratado. (art. 10). 	<p>-No se señalan.</p>
<p>Ecuador (en vigencia desde el 9-12-1999)</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Trato justo y equitativo (art. 3.1.) -Trato nacional (art. 3.2). -Aplicación de norma o convenio posterior más favorable a los inversionistas, en defecto de lo previsto en el presente Tratado (art. 3.3). -Prohibición de la expropiación o dictado de medidas equivalentes a expropiación, salvo por razones de seguridad nacional, necesidad pública u orden social, en cuyo caso se debe pagar una compensación (art. 4). -Compensación por pérdidas debido a guerra, conflicto armado u otros (art. 5). -Vía arbitral como alternativa para resolver controversias en relación a las inversiones realizadas de conformidad con el Tratado. En caso sea arbitraje internacional, ante el CIADI (art. 8). - Vía arbitral para resolver controversias con relación a la interpretación o aplicación del Tratado (art. 9). 	<p>-No se señalan.</p>

<p>El Salvador (en vigencia desde el 15-12-1996)</p>	<p>-Trato justo y equitativo (art. 4.1.) -Trato nacional (art. 4.2). -Prohibición de la expropiación o dictado de medidas equivalentes a expropiación, salvo por causa de utilidad pública o interés social, en cuyo caso se debe pagar una compensación (art. 9). -Compensación por pérdidas debido a guerra, conflicto armado u otros (art. 9.3.). -Vía arbitral como alternativa para la solución de controversias que surjan en el ámbito de este Acuerdo. Puede ser arbitraje internacional que podrá ser ante el CIADI (art. 11). - Vía arbitral para resolver controversias respecto de la interpretación o aplicación del Acuerdo (art. 9).</p>	<p>-Requisitos de Desempeño: (art. 5) “(…) 3. Siempre que dichas medidas no se apliquen de manera arbitraria o injustificada o no constituyan una restricción encubierta al comercio o inversión internacionales, nada de lo dispuesto en los párrafos 1 (b) –sobre alcanzar un determinado grado de contenido nacional- o (c) –sobre adquirir, u otorgar preferencia a bienes o servicios de origen nacional o de procedencia interna -, <u>se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener medidas, incluidas las de naturaleza ambiental necesarias para:</u> a. asegurar el cumplimiento de leyes y reglamentaciones que no sean incompatibles con las disposiciones de este Acuerdo; b. <u>proteger la vida o salud humana, animal o vegetal;</u> o c. preservar los recursos naturales.”</p> <p>Transferencias (art. 8) “(…) 3. No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2, una Parte podrá impedir la realización de transferencias mediante la aplicación equitativa y no discriminatoria de su legislación en los siguientes casos: (…) e. Incumplimiento de obligaciones laborales. (…).”</p>
<p>España (en vigencia desde el 17-2-1995)</p>	<p>-Trato justo y equitativo (art. 4.1.) - Trato de la Nación más favorecida (art. 4.2). -Trato nacional (art. 4.5). -Prohibición de la expropiación o dictado de medidas equivalentes a expropiación, salvo por necesidad o utilidad pública conforme a las disposiciones legales, en cuyo caso se debe pagar una indemnización (art. 5). -Compensación por pérdidas debido a guerra, conflicto armado u otros (art. 6). -Vía arbitral como alternativa para resolver controversias respecto de las inversiones. Puede ser arbitraje internacional ante el CIADI (art. 9).</p>	<p>-No se señalan.</p>

<p>Finlandia (en vigencia desde el 14-6-1996)</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Trato justo y equitativo (art. 2.2) -Trato nacional (art. 3.1). -Prohibición de la expropiación o dictado de medidas que equivalgan a expropiación o nacionalización, salvo para un propósito que sea de interés público y esté relacionado a necesidades internas, debiendo acompañarse del pago de una compensación (art. 5). -Compensación por pérdidas debido a guerra, conflicto armado u otros (art. 6). -Vía arbitral ante CIADI para la solución de controversias relacionadas a una inversión comprendida en el ámbito de aplicación del Convenio (art. 9). - Vía arbitral para resolver controversias respecto a la interpretación o aplicación del Convenio. (art. 10). 	<p>-No se señalan.</p>
<p>Francia (en vigencia desde el 30-5-1996)</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Trato justo y equitativo (art. 3). -Trato nacional (art. 4). -Trato de la Nación más favorecida (art. 4) -Prohibición de la expropiación o dictado de medidas equivalentes a expropiación, salvo por causa de utilidad pública, en cuyo caso se debe pagar una compensación (art. 5). -Tratamiento no menos favorable en relación con el tratamiento brindado a los nacionales en caso de pérdidas debido a guerra, conflicto armado u otros (art. 5.3). -Vía arbitral ante CIADI para la solución de controversias relativas a una inversión respecto del Convenio (art. 8). -Vía arbitral para resolver controversias respecto de la interpretación o aplicación del Convenio. (art. 11). 	<p>-No se señalan.</p>

<p style="text-align: center;">Italia</p> <p>(en vigencia desde el 18-10-1995)</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Trato justo y equitativo (art. 2.3). -Trato nacional (art. 3.1). -Trato de la Nación más favorecida (art. 3.1). -Aplicación de norma posterior más favorable a los inversionistas, en defecto de lo previsto en el presente Tratado (art. 3.2). -Compensación por pérdidas debido a guerra, conflicto armado u otros (art. 4). -Prohibición de la expropiación o dictado de medidas equivalentes a expropiación, excepto por necesidad pública o interés nacional, en cuyo caso se debe pagar una compensación (art. 5). -Vía arbitral como alternativa para resolver controversias sobre las inversiones relacionadas con el Acuerdo. Puede ser arbitraje internacional que podrá ser ante el CIADI (art. 9). - Vía arbitral para resolver controversias respecto a la interpretación o aplicación del Convenio (art. 10). 	<p>-No se señalan.</p>
<p style="text-align: center;">Japón</p> <p>(en vigencia desde el 10-12-2009)</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Trato nacional (art. 3). - Trato de la Nación más favorecida (art. 4). -Trato justo y equitativo (art. 5). - Prohibición de la expropiación o dictado de medidas equivalentes a expropiación, salvo por motivos de propósito público y no sea discriminatoria, en cuyo caso se debe pagar una compensación (art.13). -Compensación por pérdidas debido a guerra, conflicto armado u otros (art. 14). - Vía arbitral para resolver controversias respecto de la interpretación o aplicación del Acuerdo (art. 17). -Vía arbitral para resolver controversias sobre inversiones. Puede ser arbitraje internacional que podrá ser ante el CIADI (art. 18). 	<p>-Excepciones Generales y de Seguridad: (art. 19)</p> <p><i>"1. A condición de que tales medidas no se apliquen de manera que pudiesen constituir un medio de discriminación arbitraria o injustificable contra la otra Parte Contratante, o una restricción encubierta de las inversiones de inversionistas de la otra Parte Contratante en el área de una Parte Contratante, ninguna disposición del presente Acuerdo salvo el artículo 14 <u>será constituido para impedir que una Parte Contratante adopte o aplique medidas:</u></i></p> <ul style="list-style-type: none"> <i>(a) necesarias para <u>proteger la vida o la salud de las personas, animales o plantas;</u></i> <i>(b) necesarias para proteger la moral pública o mantener el orden público;</i> <i>(...)</i> <i>(c) necesarias para garantizar el cumplimiento de las leyes o regulaciones</i>

		<p>que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo, (...).”</p> <p>-Derechos de Propiedad Intelectual (art. 22)</p> <p>“1. Nada en este Acuerdo será constituido en el sentido de derogar los <u>derechos y obligaciones adquiridos de conformidad con acuerdos multilaterales respecto de la protección de derechos de propiedad intelectual</u> de los cuales son signatarias las Partes Contratantes. (...).”</p> <p>-Medidas sobre Salud, Seguridad y Medioambiente y Estándares Laborales (art. 26)</p> <p>“Las Partes Contratantes reconocen que <u>es inapropiado fomentar la inversión por inversionistas de la otra Parte Contratante y de una Parte No Contratante, mediante el relajamiento de las medidas nacionales en materia de salud, seguridad y medio ambiente, o disminuyendo sus estándares laborales. Para tales efectos, cada Parte Contratante no deberá dejar de aplicar ni derogar tales medidas y estándares como una manera de fomentar el establecimiento, adquisición o expansión de inversiones en su Área por inversionistas de la otra Parte Contratante y de Partes No Contratantes.</u>”</p>
<p>Malasia (en vigencia desde el 25-12-1995)</p>	<p>-Trato justo y equitativo (art. 2.2). - Trato de la Nación más favorecida (art. 3.1). -Compensación por pérdidas debido a guerra, conflicto armado u otros (art. 3.2). - Prohibición de la expropiación o dictado de medidas equivalentes a expropiación, salvo por motivos de propósito legal y no sea discriminatoria, en cuyo caso se debe pagar una compensación (art. 5). -Vía arbitral como alternativa para resolver controversias respecto a inversiones relacionadas con el Convenio. Puede ser arbitraje internacional que podrá ser ante el CIADI (art. 7).</p>	<p>-No se señalan.</p>

<p>Noruega (en vigencia desde el 5-5-1995)</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Trato justo y equitativo (art. 4.1) Trato de la Nación más favorecida (art. 4.2). -Trato nacional (art. 4.3). -Compensación por pérdidas debido a guerra, conflicto armado u otros (art. 5). -Prohibición de la expropiación o dictado de medidas que equivalgan a expropiación o nacionalización, salvo cuando la expropiación se lleve a cabo por interés público, en cuyo caso se debe otorgar una compensación (art. 6). -Vía arbitral para resolver controversias con relación a las inversiones. Puede ser ante el CIADI (art. 9). - Vía arbitral para resolver controversias respecto a la interpretación o aplicación del Convenio (art. 10). -Aplicación de norma posterior más favorable a los inversionistas, en defecto de lo previsto en el presente Tratado (art. 12). 	<p>-No se señalan.</p>
<p>Países Bajos (en vigencia desde el 1-2-1996)</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Trato justo y equitativo (art. 3.1). -Trato nacional (art. 3.2). -Trato de la Nación más favorecida (art. 3.2). -Aplicación de norma posterior más favorable a los inversionistas, en defecto de lo previsto en el presente Convenio (art. 3.5). -Prohibición de tomar medidas que priven directa o indirectamente las inversiones, salvo que las medidas sean tomadas por razones de necesidad y utilidad pública y no sean discriminatorias, además de estar prevista el pago de una compensación (art. 6). -Compensación por pérdidas debido a guerra, conflicto armado u otros (art. 7). -Vía arbitral ante CIADI para la solución de controversias relativas a una inversión respecto del Convenio (art. 9). - Vía arbitral para resolver controversias respecto a la interpretación o aplicación del Convenio (art. 13). 	<p>-No se señalan.</p>

<p>Paraguay (en vigencia desde el 18-12-1994)</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Trato justo y equitativo (art. 4.2) -Trato de la Nación más favorecida (art. 4.2). -Trato nacional (art. 4.2). - Prohibición de la expropiación o dictado de medidas equivalentes a expropiación, salvo por causas expresamente establecidas en las Constituciones Nacionales respectivas, en cuyo caso se debe pagar una indemnización (art. 6). -Compensación por pérdidas debido a guerra, conflicto armado u otros (art. 6.3) -Vía arbitral como alternativa para resolver controversias respecto a las inversiones relacionadas con el Convenio. Puede ser arbitraje internacional que podrá ser ante el CIADI (art. 8). - Vía arbitral para resolver controversias respecto a la interpretación o aplicación del Convenio (art. 9). 	<p>-No se señalan.</p>
<p>Portugal (en vigencia desde el 18-10-1995)</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Trato justo y equitativo (art. 2). - Trato nacional (art. 3). -Trato de la Nación más favorecida (art. 3). -Prohibición de la expropiación o dictado de medidas que equivalgan a expropiación, salvo cuando la expropiación se lleve a cabo por causa de interés público, en cuyo caso se debe otorgar una compensación (art. 5). -Vía arbitral como alternativa para la solución de controversias con relación a inversiones realizadas de conformidad con el Acuerdo. Puede ser arbitraje internacional que podrá ser ante el CIADI (art. 7). -Vía arbitral resolver controversias respecto a la interpretación del Acuerdo (art. 8). -Aplicación de norma posterior más favorable a los inversionistas, en defecto de lo previsto en el presente Convenio (art. 9). 	<p>-No se señalan.</p>

<p>Reino Unido (en vigencia desde el 21-04-1994)</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Trato justo y equitativo (art. 2.2) - Trato nacional (art. 3). -Trato de la Nación más favorecida (art. 3). - Prohibición de la expropiación o dictado de medidas equivalentes a expropiación, salvo por causas de necesidad pública y por un propósito público, en cuyo caso se debe pagar una indemnización (art. 6). -Compensación por pérdidas debido a guerra, conflicto armado u otros (art. 7) -Aplicación de norma posterior más favorable a los inversionistas, en defecto de lo previsto en el presente Convenio (art. 9). -Vía arbitral como alternativa para resolver controversias respecto a una inversión realizada respecto del Convenio. Si se trata de arbitraje, esta deberá ser sometida ante el CIADI (art. 10). - Vía arbitral para resolver controversias respecto a la interpretación del Convenio (art. 11). 	<p>-No se señalan.</p>
<p>República Checa (en vigencia desde el 6-3-1995)</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Trato justo y equitativo (art. 2.2). - Trato nacional (art. 3). -Trato de la Nación más favorecida (art. 3). -Compensación por pérdidas debido a guerra, conflicto armado u otros (art. 4) - Prohibición de la expropiación o dictado de medidas equivalentes a expropiación, salvo por causa de necesidad pública, en cuyo caso se debe pagar una indemnización (art. 5). -Vía arbitral para resolver controversias con relación a las inversiones. Puede ser ante el CIADI (art. 8). - Vía arbitral para resolver controversias respecto a la interpretación del Convenio (art. 9). 	<p>-No se señalan.</p>

<p>República de Corea (Acuerdo suscrito el 3-6-1993)</p>	<p>Las disposiciones correspondientes de este Acuerdo están ahora comprendidas en el Tratado de Libre Comercio suscrito con Corea del Sur.</p>	
<p>República Popular China (Acuerdo suscrito el 9-6-1994)</p>	<p>Las disposiciones correspondientes de este Acuerdo están ahora comprendidas en el Tratado de Libre Comercio suscrito con China.</p>	
<p>Rumania (en vigencia desde el 1-1-1995)</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Trato justo y equitativo (art. 3.1) - Trato nacional (art. 3.2). -Trato de la Nación más favorecida (art. 3.2). -Prohibición de la expropiación o dictado de medidas equivalentes a expropiación, salvo sean adoptadas por razones de necesidad pública y sobre una base no discriminatoria, debiendo acompañarse del pago de una compensación (art. 4). -Compensación por pérdidas debido a guerra, conflicto armado u otros (art. 5). -Vía arbitral como alternativa para la solución de controversias referentes a inversiones realizadas de conformidad con el Convenio. Puede ser arbitraje internacional que podrá ser ante el CIADI (art. 8). - Vía arbitral para resolver controversias respecto a la interpretación del Convenio. (art. 9). -Aplicación de norma posterior más favorable a los inversionistas, en defecto de lo previsto en el presente Convenio (art. 11). 	<p>-No se señalan.</p>

<p>Singapur (Acuerdo suscrito el 27-2-2003)</p>	<p>Las disposiciones correspondientes de este Acuerdo están ahora comprendidas en el Tratado de Libre Comercio suscrito con Singapur</p>	
<p>Suecia (en vigencia desde el 1-8-1994)</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Trato justo y equitativo (art. 2.2) - Trato nacional (art. 3). -Trato de la Nación más favorecida (art. 3). -Prohibición de la expropiación o dictado de medidas equivalentes a expropiación, salvo sean adoptadas por el interés público y al amparo de los procedimientos legales, que no sean discriminatorias, debiendo acompañarse del pago de una compensación (art. 5.1). -Compensación por pérdidas debido a guerra, conflicto armado u otros (art. 5.3). -Vía arbitral como alternativa para la solución de controversias referentes a inversiones realizadas de conformidad con el Convenio. Si se trata de arbitraje, esta deberá ser sometida ante el CIADI (art. 8). - Vía arbitral para resolver controversias respecto a la interpretación del Convenio (art. 9). 	<p>-No se señalan.</p>
<p>Suiza (en vigencia desde el 23-11-1993)</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Trato justo y equitativo (art. 3) -Trato nacional (art. 3). -Trato de la Nación más favorecida (art. 3). -Prohibición de la expropiación o dictado de medidas que equivalgan a expropiación, salvo sean adoptadas por motivos de interés público y que no sean discriminatorias, debiendo acompañarse del pago de una indemnización (art. 5.1). -Compensación por pérdidas debido a guerra, conflicto armado u otros (art. 5.2). -Vía arbitral como alternativa para resolver controversias respecto a inversiones de conformidad con el Convenio. Puede ser arbitraje internacional que podrá ser ante el CIADI (art. 9). - Vía arbitral para resolver controversias respecto a la interpretación de las disposiciones del Convenio (art. 10). 	<p>-No se señalan.</p>

<p>Reino de Tailandia (en vigencia desde el 15-11-1993)</p>	<p>-Trato justo y equitativo (art. 4) -Trato nacional (art. 4). -Trato de la Nación más favorecida (art. 4). - Prohibición de la expropiación o dictado de medidas equivalentes a expropiación, salvo por fines públicos y contra el pago de indemnización (art. 6.1). -Compensación por pérdidas debido a guerra, conflicto armado u otros (art. 6.3). - Vía arbitral para resolver controversias respecto a la interpretación del Convenio (art. 9). -Vía arbitral como alternativa para resolver controversias respecto a una inversión realizada respecto del Convenio. Puede ser arbitraje internacional que podrá ser ante el CIADI (art. 9).</p>	<p>-No se señalan.</p>
<p>Unión Económica Bélgica - Luxemburgo (en vigencia desde el 11-9-2008)</p>	<p>-Trato justo y equitativo (art. 3). - Trato nacional (art. 4). -Trato de la Nación más favorecida (art. 4). - Prohibición de la expropiación o dictado de medidas equivalentes a expropiación, salvo por razones de utilidad pública, seguridad, o interés nacional, sin discriminación, en cuyo caso debe efectuarse el pago de una compensación (art. 7.1). -Compensación por pérdidas debido a guerra, conflicto armado u otros (art. 7.4). -Vía arbitral como alternativa para resolver controversias respecto a inversiones de conformidad con el Convenio. Puede ser arbitraje internacional que podrá ser ante el CIADI (art. 11). - Vía arbitral para resolver controversias respecto a la interpretación del Convenio (art. 9).</p>	<p>-Ambiente (art. 5) "1. Reconocer el derecho de cada Parte Contratante a establecer sus propios niveles de protección ambiental interna y las políticas de desarrollo ambiental y sus prioridades, así como adoptar o modificar de modo concordante su legislación ambiental. <u>Cada Parte Contratante se esforzará por asegurar que su legislación proporcione altos niveles de protección ambiental y procurará continuar desarrollando esta normativa.</u> 2. Las Partes Contratantes reconocen que es inapropiado alentar la inversión debilitando la legislación ambiental interna. Por consiguiente, <u>cada Parte Contratante procurará asegurar que no se aplique ni se omita, ni se ofrezca omitir o derogar, tal legislación como un incentivo para el establecimiento, conservación o expansión de una inversión. (...)</u>" -Trabajo (art. 6) "1. Reconocer el derecho de cada Parte Contratante para establecer sus propias pautas laborales internas, y adoptar o modificar pertinentemente su legislación de trabajo. Cada Parte Contratante se esforzará por asegurar que su legislación proporcione pautas laborales acordes con los derechos reconocidos internacionalmente establecidos en el párrafo 6 del Artículo 1, y procurará mejorar dichos patrones en este sentido.</p>

		<p>2. Las Partes Contratantes reconocen que es inapropiado alentar la inversión debilitando la legislación laboral interna. Por consiguiente, <u>cada Parte Contratante procurará asegurar que no se aplique ni se omita, ni se ofrezca omitir o derogar, tal legislación como un incentivo al establecimiento, conservación o expansión de una inversión.</u></p> <p>3. Las Partes Contratantes reafirman sus obligaciones como miembros de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y sus compromisos bajo la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo en cuanto a Derechos y Principios Fundamentales en el Trabajo y su observancia. Las Partes Contratantes se esforzarán por asegurar que tales principios laborales y los derechos del trabajo reconocidos internacionalmente estipulados en el párrafo 6 de Artículo 1, sean reconocidos y protegidos por las leyes internas.</p> <p>(...)"</p>
<p>Venezuela (en vigencia desde el 15-11-1993)</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Trato justo y equitativo (art. 3.1) -Trato nacional y Trato Nación más favorecida (art. 3.2.). -Prohibición de la expropiación o dictado de medidas que equivalgan a expropiación o nacionalización, salvo por causas de interés o necesidad pública declaradas conforme a las leyes de la parte contratante en donde se realice la medida, en cuyo caso debe efectuarse el pago de una indemnización (art. 5). -Compensación por pérdidas debido a guerra, conflicto armado u otros (art. 6). -Aplicación de norma posterior más favorable a los inversionistas, en defecto de lo previsto en el presente Convenio (art. 9). - Vía arbitral como alternativa para resolver controversias relativas a inversiones de conformidad con el Convenio. Puede ser arbitraje internacional que podrá ser ante el CIADI (art. 10). -Vía arbitral para resolver controversias relativas a la interpretación del Convenio (art. 11). 	<p>-No se señalan</p>

3.2.- TRATADOS DE LIBRE COMERCIO SUSCRITOS POR EL PERÚ Y LAS GARANTÍAS OTORGADAS A LOS INVERSIONISTAS

Según información obtenida del portal web “investinPeru” de ProInversión, el Perú tiene suscritos 18 Tratados de Libre Comercio, que tienen como finalidad promover el intercambio comercial entre los países parte de dichos tratados, existiendo en camino de entrar en vigor otros que a la fecha se vienen negociando con India, Turquía, el Acuerdo Transpacífico (TPP por sus siglas en inglés), entre otros. La adopción de estos tratados forma parte de una nueva etapa de negociaciones adoptadas en el año 2004 para que el Perú busque nuevos mercados para sus productos, de modo que se incremente el volumen de nuestra oferta exportable, como ha sucedido con los tratados suscritos con Estados Unidos de América y la Unión Europea ¹⁶².

Este tipo de tratados, suscritos entre dos o más países que pueden ser grupos de países dentro de una sola región, representan una fase más avanzada de acuerdos internacionales, denominados de “última generación”, que comprenden materias distintas a la liberación del comercio de bienes y servicios, como conservación del medio ambiente, contrataciones públicas, régimen de protección de inversiones o propiedad intelectual. Como señalan Fernando Cantuarias y Franz Kundmuller ¹⁶³ : *“Muchos de estos asuntos estaban originalmente circunscritos al ámbito de aplicación de los derechos administrativos locales, pero hoy, según diversas fuentes y ante la irrupción de diversos estándares internacionales, constituyen la base para el surgimiento del derecho administrativo global”*.

A continuación, se presentan en un cuadro los tratados que se encuentran en vigor y que contienen garantías y excepciones a los inversionistas extranjeros.

¹⁶² Andreas Von Wedemeyer: “La tarea pendiente con los TLC”, diario Gestión, Lima, edición del 18 de abril del 2017, página 21. Según dicho autor que es presidente de la Sociedad Nacional de Industrias, estos acuerdos han aumentado las exportaciones no tradicionales, como el TLC con Estados Unidos, en que se ha duplicado en 6 años; o la Unión Europea, con un aumento de 20% en los últimos 4 años.

¹⁶³ CANTUARIAS, Fernando y KUNDMULLER, Franz. Op.cit. p. 464

TRATADOS o ACUERDOS DE LIBRE COMERCIO SUSCRITOS POR EL PERÚ

PAIS	GARANTÍAS A FAVOR DE LOS INVERSIONISTAS	EXCEPCIONES A LAS GARANTÍAS OTORGADAS A LOS INVERSIONISTAS
<p align="center">Alianza del Pacífico (en vigencia desde el 01-5-2016)</p>	<p>-Trato nacional (art. 10.4). - Trato de nación más favorecida (art. 10.5). - Trato justo y equitativo (art. 10.6). -Compensación por pérdidas debido a conflictos armados o contiendas civiles (art. 10.7). - Prohibición de la Expropiación, directa o indirecta, mediante medidas que equivalgan a expropiación o nacionalización, salvo sean adoptadas por un propósito público, y siguiendo un debido proceso, con el pago de una pronta y efectiva indemnización que sea equivalente al valor justo del mercado que tenga la inversión (art. 10.12). -Vía arbitral para la solución de controversias relativas a inversión, siempre que el inversionista previamente haya renunciado a iniciar o continuar alguna controversia ante cualquier tribunal bajo ley de cualquier parte, además de consentir el arbitraje. Puede ser arbitraje internacional que podrá ser ante el CIADI (arts. 819 - 825).</p>	<p>-Requisitos de Desempeño (art. 10.8) “(...) 5. Siempre que dichas medidas no se apliquen de manera arbitraria o injustificada y a condición de que no constituyan una restricción encubierta al comercio o inversión internacional, nada de lo dispuesto en los párrafos 1 (b) – sobre alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional-, 1 (c) – sobre adquirir, utilizar u otorgar preferencia a mercancías producidas en su territorio, o adquirir mercancías de personas en su territorio- , 1 (f) – sobre transferir a una persona en su territorio tecnología, un proceso productivo u otro conocimiento de su propiedad - , 2 (a) y 2 (b) <u>se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener medidas, incluidas las de naturaleza ambiental:</u> (a) necesarias para asegurar el cumplimiento de leyes y regulaciones que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Protocolo Adicional; (b) <u>necesarias para proteger la vida o salud humana, animal o vegetal;</u> o (c) relacionadas con la preservación de recursos naturales no renovables vivos o no. (...)”</p> <p>-Políticas de Responsabilidad Social (art. 10.30) “(...) 2. Cada Parte fomentará que las empresas que operan dentro de su territorio o sujetas a su jurisdicción, incorporen voluntariamente en sus políticas, estándares de responsabilidad social corporativa reconocidos internacionalmente, tales como declaraciones de principios que hayan sido</p>

		<p><i>aprobadas o sean apoyadas por las Partes. Las Partes recuerdan a esas empresas la importancia de incorporar dichos estándares de responsabilidad social corporativa en sus políticas internas, <u>incluyendo entre otros, estándares en materia de derechos humanos, derechos laborales, medio ambiente, lucha contra la corrupción, intereses de los consumidores, ciencia y tecnología, competencia y fiscalidad.</u></i></p> <p><i>(...).</i>”</p> <p>-Inversión y Medidas sobre Salud, Medioambiente y otros Objetivos Regulatorios (art. 10.31)</p> <p><i>“1. Nada de lo dispuesto en el presente Capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida, por lo demás compatible con el presente Capítulo, que considere apropiada para asegurar que <u>las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia de salud, medioambientales u otros objetivos regulatorios.</u></i></p> <p><i>2. Las Partes reconocen que no es adecuado alentar la inversión por medio de un relajamiento de las medidas internas relacionadas con salud, medio ambiente u otros objetivos regulatorios. En consecuencia, <u>ninguna Parte deberá renunciar a aplicar o de cualquier otro modo derogar, flexibilizar u ofrecer renunciar flexibilizar o derogar dichas medidas como medio para incentivar el establecimiento, la adquisición, la expansión o la conservación de la inversión de un inversionista en su territorio.</u> “</i></p> <p>Anexo 10.12 Expropiación</p> <p><i>“(...</i></p> <p><i>3. (...)</i></p> <p><i>(b) Salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público.”</i></p>
--	--	---

<p>Australia (en vigencia desde el 11-2-2020)</p>	<p>-Trato nacional (art. 8.4). -Trato de nación más favorecida (art. 8.5). - Trato justo y equitativo (art. 8.6). -Prohibición de la Expropiación o dictado de medidas equivalentes a expropiación, salvo sean adoptadas por un propósito público, de una manera no discriminatoria y siguiendo un debido proceso, con el pago de una efectiva y adecuada indemnización (art. 8.8). -Vía arbitral para resolver controversias respecto a inversión, siempre que el inversionista previamente haya renunciado a su derecho de iniciar o continuar alguna controversia ante cualquier tribunal judicial o administrativo, además de consentir el arbitraje. Puede ser arbitraje internacional que podrá ser ante el CIADI (arts. 8.20 – 8.22).</p>	<p><i>PREAMBULO:</i> “La República del Perú y Australia, en adelante referidos como “las Partes”, decididos a: (...) <i>RECONOCER sus derechos inherentes para regular y su determinación a preservar la flexibilidad de las Partes para establecer prioridades legislativas y regulatorias, salvaguardar el bienestar público, y proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad, el medio ambiente, la conservación de los recursos naturales no renovables vivos o no vivos, la integridad y estabilidad del sistema financiero y la moral pública; (...)</i>”</p> <p><i>Inversión y Objetivos de Medio Ambiente, Salud y otros Objetivos Regulatorios (art. 81.6)</i> “Nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar, mantener o hacer cumplir cualquier medida, que sea compatible con este Capítulo, que considere apropiada para asegurar que la actividad de inversión en su territorio se realice de una manera sensible al medio ambiente, salud u otros objetivos regulatorios.”</p> <p><i>Excepciones Generales (art. 8.18)</i> “1. Sujeto al requerimiento de que tales medidas no sean aplicadas de tal manera que puedan constituir un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre inversiones o entre inversionistas, o una restricción encubierta al comercio internacional o a la inversión, nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir a una Parte la adopción o ejecución de las siguientes medidas: (a) necesarias para proteger la vida o salud humana, animal o vegetal; (b) necesarias para asegurar el cumplimiento de leyes o regulaciones que no sean incompatibles con las disposiciones de este Capítulo; (c) impuestas para la protección de tesoros nacionales de valor artístico, histórico o arqueológico; o (d) con respecto a la conservación de recursos naturales agotables vivos o no vivos. (...).”</p>
--	--	--

<p>Canadá (en vigencia desde el 1-8-2009)</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Trato nacional (art. 803). - Trato de nación más favorecida (art. 804). - Trato justo y equitativo (art. 805). -Compensación por pérdidas debido a conflicto armado, guerra civil o desastre natural (art. 811). - Prohibición de la Expropiación o dictado de medidas equivalentes a expropiación, salvo sean adoptadas por un propósito público y siguiendo un debido proceso, con el pago de una efectiva y adecuada indemnización (art. 812). -Vía arbitral para resolver controversias respecto a inversión, siempre que el inversionista previamente haya renunciado a su derecho de iniciar o continuar alguna controversia ante cualquier tribunal, además de consentir el arbitraje. Puede ser arbitraje internacional que podrá ser ante el CIADI (arts. 819 - 825). 	<p>PREAMBULO:</p> <p><i>“Canadá y la República del “Perú” (“Perú”), en adelante llamados “las Partes”, resueltos a:</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>EMPRENDER todo lo anterior en forma coherente con la protección y conservación ambiental, estimular y reforzar leyes y reglamentos ambientales, y fortalecer la cooperación en asuntos ambientales;</i></p> <p><i>PROTEGER, IMPULSAR Y HACER EFECTIVOS los derechos fundamentales de los trabajadores, y fortalecer la cooperación en materia laboral y desarrollar los respectivos compromisos internacionales en materia laboral;</i></p> <p><i>PROMOVER desarrollo sostenible;</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>AFIRMANDO su compromiso de respetar los valores y principios de la democracia y promoción y protección de derechos humanos y libertades fundamentales tal como se proclaman en la Declaración Universal de Derechos Humanos;</i></p> <p><i>(...).”</i></p> <p>-Medidas sobre Salud, Seguridad y Medioambiente (art. 809)</p> <p><i>“Las Partes reconocen que no es adecuado fomentar la inversión mediante la relajación de las medidas sobre salud, seguridad o medioambientales nacionales. En consecuencia, <u>una Parte no deberá inaplicar o derogar, o no deberá ofrecer, inaplicar o derogar dichas medidas como una forma de incentivar el establecimiento, adquisición, expansión o conservación en su territorio de una inversión de un inversionista.</u> Si una parte considera que la otra Parte ha ofrecido dicha forma de incentivo, esta puede solicitar la realización de consultas con la otra Parte y ambas Partes se consultarán con miras a evitar la utilización de dicha forma de incentivo.”</i></p> <p>-Responsabilidad Social Corporativa (art. 810)</p> <p><i>“Cada Parte fomentará que las empresas que operen dentro de su territorio o</i></p>
--	--	--

		<p><i>sujetas a su jurisdicción incorporen voluntariamente en sus políticas estándares de responsabilidad social corporativa reconocidos internacionalmente, como declaraciones de principios que hayan sido aprobadas o sean apoyadas por las Partes. Estos principios contienen asuntos, como laboral, medio ambiente, derechos humanos, relaciones comunitarias y anticorrupción. Las Partes, por lo tanto, recuerdan a esas empresas la importancia de incorporar dichos estándares de responsabilidad social corporativa en sus políticas internas.”</i></p> <p>-Anexo 812.1: Expropiación Indirecta “(…) <i>c. Salvo en raras circunstancias, como cuando una medida o serie de medidas son demasiado severas a la luz de su objetivo que no pueden ser consideradas de manera razonable como que fueron adoptadas y aplicadas de buena fe, las medidas no discriminatorias de una Parte que son diseñadas y aplicadas para proteger los legítimos objetivos de bienestar público, como salud, seguridad y medio ambiente, no constituyen una expropiación indirecta.”</i></p>
<p>Chile (en vigencia desde el 1-3-2009)</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Trato nacional (art. 11.2). - Trato de nación más favorecida (art. 11.3). - Trato justo y equitativo (art. 11.4). -Compensación por pérdidas debido a conflictos armados o contiendas civiles (art. 11.5). - Prohibición de la Expropiación o dictado de medidas equivalentes a expropiación, salvo sean adoptadas por causa de un propósito público, con apego al principio del debido proceso, sin discriminación y con el pago de una efectiva y adecuada indemnización (art. 11.10). -Vía arbitral para la solución de controversias relativas a inversión, siempre que el demandante consienta someterse al arbitraje y renuncie a llevar dicha 	<p>PREAMBULO: “<i>El Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Chile, en adelante “las Partes”, considerando:</i> (…) <i>Emprender todo lo anterior de manera congruente con la protección y la conservación del medioambiente;</i> (…)”</p> <p>- Requisitos de Desempeño (art. 11.6) “(…) <i>3 (…)</i> <i>(c) Nada de lo dispuesto en los párrafos 1 (b) – sobre alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional-, 1 (c) – sobre adquirir, utilizar u</i></p>

	<p>controversia ante cualquier tribunal. Puede ser arbitraje internacional que podrá ser ante el CIADI (arts. 11.15-11.18).</p>	<p>otorgar preferencia a mercancías producidas en su territorio, o adquirir mercancías de personas en su territorio- y 1 (f) - transferir a una persona en su territorio tecnología, un proceso productivo u otro conocimiento de su propiedad- y los párrafos 2(a) y (b), <u>se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener medidas, incluidas las de naturaleza ambiental:</u></p> <p>(i) <u>necesarias para asegurar el cumplimiento de leyes y regulaciones que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo;</u></p> <p>(ii) <u>necesarias para proteger la vida o salud humana, animal o vegetal;</u> o</p> <p>(iii) <u>relacionadas con la preservación de recursos naturales no renovables vivos o no,</u></p> <p><i>siempre que dichas medidas no se apliquen de manera arbitraria o injustificada, y a condición que esas medidas no constituyan una restricción encubierta al comercio o inversión internacionales.</i></p> <p>(...).”</p> <p>-Inversión y Medioambiente (art. 11.13)</p> <p><i>“Nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte <u>adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida, por lo demás compatible con este Capítulo, que considere apropiada para asegurar que las actividades de inversión en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia medioambiental.</u>”</i></p> <p>Anexo 11-D Expropiación</p> <p>“(...)</p> <p>3 (...)</p> <p><i>(b). Salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente.”</i></p>
--	---	---

<p>República Popular de China (en vigencia desde el 1-3-2010)</p>	<ul style="list-style-type: none"> -Trato nacional (art. 129). - Trato de nación más favorecida (art. 131). - Trato justo y equitativo (art. 132). - Expropiación (art. 133): “1. Ninguna Parte expropiará o nacionalizará, de manera directa o indirecta a través de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (en adelante denominadas “expropiación”) en contra de inversiones de inversionistas de la otra Parte en su territorio, a menos que se reúnan las siguientes condiciones: a. por el interés público; b. en virtud de un procedimiento legal interno; c. sin discriminación; y, d. a cambio de compensación. (...)” -Pago de una indemnización por pérdidas debido a conflictos armados o contiendas civiles (art. 134). - Vía arbitral para resolver controversias respecto a la interpretación o aplicación del Tratado (art. 11). - Vía arbitral como alternativa para resolver controversias respecto a inversiones de conformidad con el Tratado. Puede ser arbitraje internacional que podrá ser ante el CIADI (art. 139). -Aplicación de norma posterior más favorable a los inversionistas, en defecto de lo previsto en el presente Tratado (art. 143). 	<p>PREÁMBULO</p> <p>“El Gobierno de la República del PERÚ (“Perú”) por una parte, y el Gobierno de la República Popular CHINA (“China”) por la otra parte, colectivamente denominados “las Partes” e individualmente denominados “Parte”, decididos a: (...)</p> <p>RECONOCER que este Tratado debe ser implementado con el objetivo de elevar el estándar de vida, crear nuevas oportunidades de empleo, reducir la pobreza y promover el desarrollo sostenible de una manera consistente con la protección y conservación del medioambiente; (...).”</p> <p>-Trato Nacional (art. 129)</p> <p>“(…)</p> <p>3.No obstante los párrafos 1 y 2, las Partes se reservan el derecho de adoptar o mantener cualquier medida que otorgue <u>trato diferencial a minorías social o económicamente desfavorecidas y a grupos étnicos.</u>”</p> <p>- Trato de nación más favorecida (art. 131)</p> <p>“(…)</p> <p>3.No obstante los párrafos 1 y 2, las Partes se reservan el derecho de adoptar o mantener cualquier medida que otorgue <u>trato diferencial:</u></p> <p>a. a <u>minorías social o económicamente desfavorecidas y a grupos étnicos;</u></p> <p>o</p> <p>b.en industrias culturales relacionadas con la producción de libros, revistas, publicaciones periódicas, o diarios impresos o electrónicos y grabaciones de música.</p> <p>(...).”</p>
--	---	---

<p>República de Corea (en vigencia desde el 1-8-2011)</p>	<p>-Trato nacional (art. 9.3). - Trato de nación más favorecida (art. 9.4). -Trato justo y equitativo (art. 9.5). - Compensación por pérdidas debido a conflictos armados o contiendas civiles (art. 9.11). - Expropiación (art. 9.12) “1. Ninguna de las Partes puede expropiar ni nacionalizar una inversión cubierta, sea directa o indirectamente mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización (en adelante referidas como “expropiación”), salvo que sea: (a) por motivos de propósito público; (b) de una manera no discriminatoria; (c) mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización; y (d) de acuerdo al principio del debido proceso y Artículo 9.5. (...)” - Vía arbitral como alternativa para la solución de controversias relacionadas a incumplimiento de una obligación relacionado con inversiones. Puede ser arbitraje internacional que podrá ser ante el CIADI (art. 9.16).</p>	<p>PREAMBULO: “La República del PERÚ (en adelante “Perú”) y la República de COREA (en adelante “Corea”), colectivamente denominados como “las Partes”, decididos a: (...) <u>PROMOVER la transparencia y prevenir y combatir la corrupción, incluyendo el soborno, y las violaciones a los derechos humanos relacionadas con la extorsión, en el comercio internacional y la inversión.</u> <u>IMPLEMENTAR este Tratado en forma coherente con la protección y conservación ambiental y la protección de los derechos humanos básicos y fundamentales, y promover el desarrollo sostenible;</u> (...).”</p> <p>- Requisitos de Desempeño (art. 9.7). “(...) 4 (...) (c) Siempre que dichas medidas no se apliquen de manera arbitraria, discriminatoria o injustificada y siempre que esas medidas no constituyan una restricción encubierta al comercio o inversión internacional, nada de lo dispuesto en los párrafos 1(b) -sobre alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional-, 1 (c) – sobre comprar, utilizar u otorgar preferencia a las mercancías producidas o servicios prestados en su territorio, o a comprar mercancías o servicios de personas en su territorio –y 1 (f) - transferir tecnología, un proceso productivo u otro conocimiento de su propiedad a una persona en su territorio - y 3 (a) y (b), se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener medidas, incluidas las de naturaleza ambiental, que sean: (i) necesarias para asegurar el cumplimiento de leyes y regulaciones que no sean incompatibles con las disposiciones de este Acuerdo; (ii) <u>necesarias para proteger la vida o salud humana, animal o vegetal;</u> o (iii) <u>necesarias para la preservación de recursos naturales no renovables vivos o no, (...).</u>”</p>
--	---	---

		<p>-Medidas sobre salud, seguridad y medioambientales (art. 9.9)</p> <p><i>“1.- Nada en este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida, por lo demás compatible con este Capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia medioambiental.</i></p> <p><i>2.- Las Partes reconocen que <u>no es adecuado fomentar la inversión mediante la relajación de sus medidas sobre salud, seguridad o medioambiente. En consecuencia, una Parte no deberá inaplicar o derogar, o no deberá ofrecer inaplicar o derogar dichas medidas como una forma de incentivar el establecimiento, adquisición, expansión o conservación en su territorio de una inversión de un inversionista.</u> (...).”</i></p>
<p>Cuba (en vigencia desde el 9-3-2001)</p>	<p>Se trata de un Acuerdo de Complementación Económica con la finalidad de facilitar y expandir el comercio. No regula disposiciones sobre inversiones.</p>	
<p>Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio (siglas en ingles “EFTA”): Suiza, Liechtenstein, Noruega e Islandia (en vigencia con todos los países desde 1-7-2012)</p>	<p>-Trato nacional (art. 5.3).</p> <p>-La solución de controversias con relación a la interpretación del Acuerdo se resolverá alternativamente ya sea mediante un Panel cuya selección y reglas del procedimiento está contenido en el Acuerdo; o bajo las reglas de la OMC (art. 12).</p>	<p>PREAMBULO:</p> <p><i>“La República del Perú (en adelante “el Perú”) por una parte, e Islandia, el Principado de Liechtenstein, el Reino de Noruega, y la Confederación Suiza (en adelante “los Estados ALEC”) por la otra parte, (...):</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>REAFIRMANDO su compromiso con la democracia, el estado de derecho, <u>los derechos humanos y las libertades fundamentales de conformidad con sus obligaciones bajo el derecho internacional, incluyendo los principios establecidos en la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos;</u></i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>REAFIRMANDO su compromiso con el desarrollo económico y social, así como el respeto por los derechos fundamentales de los trabajadores, incluyendo los principios establecidos en las Convenciones Organización Internacional del Trabajo (OIT) de las cuales las Partes son parte; (...).”</i></p>

<p>Estados Unidos de América (en vigencia desde el 1-2-2009)</p>	<p>-Trato nacional (art. 10.3). -Trato de nación más favorecida (art. 10.4). - Trato justo y equitativo (art. 10.5). -Compensación por pérdidas debido a conflictos armados o contiendas civiles (art. 10.6). - Prohibición de la Expropiación o dictado de medidas que equivalgan a expropiación o nacionalización, salvo sean adoptadas por motivos de propósito público, causa de utilidad pública o propósito público, de una manera no discriminatoria, con observancia del debido proceso y mediante el pago de una indemnización (art. 10.7) -Vía arbitral para la solución de controversias relativas a inversión, siempre que el demandante consienta someterse al arbitraje y renuncie al derecho de plantear cualquier actuación ante algún tribunal de índole administrativo y/o judicial. Puede ser arbitraje internacional que podrá ser ante el CIADI (arts. 10.16-10.18).</p> <p>-Anexo 10-B Expropiación “(…) 3 (…) <i>(b). Salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente.</i>”</p>	<p>PREAMBULO: “El Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de los Estados Unidos de América, decididos a: (…) <u>PROTEGER, fortalecer y hacer efectivos los derechos fundamentales de sus trabajadores, fortalecer su cooperación en materia laboral y desarrollar sus respectivos compromisos internacionales en materia laboral;</u> <u>IMPLEMENTAR este Tratado en forma coherente con la protección y conservación del medioambiente, promover el desarrollo sostenible y fortalecer la cooperación en materia ambiental;</u> (…).”</p> <p>-Requisitos de Desempeño (art. 10.9) “(…) 3. (…) <i>(c) Siempre que dichas medidas no se apliquen de manera arbitraria o injustificada y a condición que esas medidas no constituyan una restricción encubierta al comercio o inversión internacional, nada de lo dispuesto en los párrafos 1 (b) -sobre alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional-, 1 (c) - sobre comprar, utilizar u otorgar preferencia a las mercancías producidas en su territorio, o comprar mercancías o servicios de personas en su territorio - y 1 (f) - transferir a una persona en su territorio una tecnología particular, un proceso productivo u otro conocimiento de su propiedad - y los párrafos 2(a) y (b), se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener medidas, incluidas las de naturaleza ambiental, que sean:</i> <i>(i) necesarias para asegurar el cumplimiento de leyes y regulaciones que no sean incompatibles con las disposiciones de este Acuerdo;</i> <i>(ii) necesarias para proteger la vida o salud humana, animal o vegetal; o</i> <i>(iii) relacionadas con la preservación de recursos naturales no renovables vivos o no, (…).”</i></p>
---	---	---

		<p>-Inversión y el Medio Ambiente (art. 10.11)</p> <p><i><u>“Nada en este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida por lo demás compatible con este Capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental.”</u></i></p> <p>-Anexo 10-B Expropiación</p> <p>“(…)</p> <p>3 (…)</p> <p><i>(b). Salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente.”</i></p>
<p>Comunidad Andina (Acuerdo de Cartagena suscrito el 26-05-1969)</p>	<p>-<u>Decisión 291</u> (1991): “Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes y licencias y regalías”</p> <p>-Trato Nacional (art. 2)</p> <p>-La solución de controversias derivados de inversiones extranjeras directas o de inversionistas subregionales, se resolverán según lo dispuesto en la legislación interna de los países miembros (art. 10)</p> <p>-<u>Decisión 292</u> (1991): “Régimen uniforme para empresas multinacionales andinas”</p> <p>-Trato Nacional (art. 9)</p> <p>-<u>Decisión 500</u> (2001): “Estatuto del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina”</p> <p>-Mediante la Acción de Incumplimiento, el Tribunal de Justicia de la CAN conoce aquellos casos de algún país miembro incurra en conducta contraria al ordenamiento jurídico comunitario.</p> <p>- Mediante la Interpretación Prejudicial, el Tribunal de Justicia de la CAN interpreta las normas que conforman el ordenamiento jurídico comunitario.</p>	<p>-No hay disposiciones específicas.</p>

<p>Honduras (en vigencia desde el 1-1-2017)</p>	<p>-Trato nacional (art. 12.2). - Trato de nación más favorecida (art. 12.3). - Trato justo y equitativo (art. 12.4). -Compensación por pérdidas debido a conflictos armados o contiendas civiles (art. 12.9).</p> <p>-Expropiación e Indemnización (art. 12.10) "1. Ninguna de las Partes nacionalizará o expropiará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente, mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización ("expropiación"), salvo que sea: (a) en el caso de Honduras, por causa de necesidad o interés público; y (b) en el caso de Perú, por causa de necesidad pública o seguridad nacional, de conformidad con el debido proceso, de una manera no discriminatoria y mediante el pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva. (...)." </p> <p>-Vía arbitral para la solución de controversias relativas a inversión, siempre que el demandante consienta someterse al arbitraje y renuncie al derecho de plantear cualquier actuación ante algún tribunal de índole administrativo o judicial. Puede ser arbitraje internacional que podrá ser ante el CIADI (arts. 12.16-12.18).</p> <p>-La solución de controversias entre las Partes respecto a la interpretación del Acuerdo se resolverá alternativamente ya sea mediante un Panel cuya selección y reglas del procedimiento está contenido en el Acuerdo; o ya sea bajo las reglas de la OMC (art. 15.1-15.16).</p>	<p>-Ámbito de Aplicación y Cobertura (art. 12.1) "(...) 5. Nada de lo contenido en este Capítulo obligará a cualquier Parte a proteger inversiones realizadas con capital o activos derivados de actividades ilegales, y no se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener medidas destinadas a preservar el orden público, al cumplimiento de sus deberes para mantener o restaurar la paz y seguridad internacional o la protección de sus propios intereses de seguridad esencial. (...)." </p> <p>-Requisitos de Desempeño (art. 12.6) "(...) 9. Siempre que dichas medidas no se apliquen de manera arbitraria o injustificada y a condición que esas medidas no constituyan un restricción encubierta al comercio o inversión internacional, nada de lo dispuesto en los subpárrafos 1 (b) – sobre alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional - , 1 (c) –sobre comprar, utilizar u otorgar preferencia a las mercancías producidas en su territorio, o comprar mercancías de personas en su territorio - y 1(f) – sobre transferir una tecnología particular, un proceso productivo u otro conocimiento de su propiedad a una persona en su territorio - y 5 (a) y (b) se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener medidas, incluidas las de naturaleza ambiental: (a) necesarias para asegurar el cumplimiento de leyes y regulaciones que no sean incompatibles con las disposiciones de este Tratado; (b) <u>necesarias para proteger la vida o salud humana, animal o vegetal</u>; o (c) relacionadas con la preservación de recursos naturales no renovables vivos o no, (...)." </p>
--	---	---

		<p>-Medidas Medioambientales (art. 12.8)</p> <p><i>“1. Las Partes reconocen que es inapropiado promover la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en su legislación ambiental interna. En consecuencia, <u>cada Parte procurará asegurar que no dejará sin efecto o derogará, ni ofrecerá dejar sin efecto o derogar dicha legislación de una manera que debilite o reduzca la protección otorgada por aquella legislación, como una forma de incentivar el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio.</u></i></p> <p><i>2. Nada en este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida por lo demás compatible con este Capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental.”</i></p>
<p>Japón (en vigencia desde el 1-3-2012)</p>	<p>Se trata de un Acuerdo Económico con la finalidad de desarrollar disposiciones en materia comercial. No regula disposiciones sobre inversiones. Contempla un capítulo sobre el modo en que se resolverán las controversias en el supuesto de discrepancias en la interpretación o aplicación del Acuerdo, la misma que se resolverá en la vía arbitral.</p>	

<p style="text-align: center;">México (en vigencia desde el 1-2-2012)</p>	<p>-Trato nacional (art. 11.3). - Trato de nación más favorecida (art. 11.4). - Trato justo y equitativo (art. 11.6). -Compensación por pérdidas debido a conflictos armados, estados de emergencia, u otros (art. 11.11).</p> <p>- Prohibición de la Expropiación o dictado de medidas que equivalgan a expropiación o nacionalización, salvo sean adoptadas por causa de propósito público, con apego al principio de legalidad, y con el pago de una indemnización (art. 11.12).</p> <p>-Vía arbitral para la solución de controversias en caso de incumplimiento de obligaciones relativas a inversión de una Parte y la pérdida o daño de la otra Parte por causa de dicho incumplimiento. Para ello, el inversionista contendiente debe consentir someterse al arbitraje. Puede ser arbitraje internacional que podrá ser ante el CIADI (arts. 11.20-11.21).</p> <p>-La solución de controversias entre las partes respecto a la interpretación del Acuerdo se resolverá alternativamente ya sea mediante un Panel cuya selección y reglas del procedimiento está contenido en el Acuerdo; o ya sea bajo las reglas de la OMC (art. 15.1-15.13).</p>	<p>Requisitos de Desempeño (art. 11.7) “(…) 6. <i>Siempre que dichas medidas no se apliquen de manera arbitraria o injustificada, o no constituyan una restricción encubierta al comercio o inversión internacionales, nada de lo dispuesto en los párrafos 1(b) – sobre alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional -o 1(c) – sobre adquirir o utilizar u otorgar preferencia a mercancías producidas o a servicios prestados en su territorio, o adquirir mercancías de productores o servicios de prestadores de servicios en su territorio - , o 3(a) o 3 (b) se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener medidas, incluidas las de naturaleza ambiental necesarias para:</i> a) <i>asegurar el cumplimiento de leyes y reglamentaciones que no sean incompatibles con las disposiciones de este Acuerdo;</i> b) <i>proteger la vida o salud humana, animal o vegetal; o</i> c) <i>la preservación de recursos naturales no renovables vivos o no.”</i></p> <p>Medidas relativas al medio ambiente (art. 11.17) “1. <i>Nada de lo dispuesto en este Capítulo se interpretará como impedimento para que una Parte adopte, mantenga o ponga en ejecución cualquier medida, por lo demás compatible con este Capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental.</i> 2. <i>Las Partes reconocen que es inadecuado alentar la inversión por medio de un relajamiento de las medidas internas aplicables a la salud, seguridad o relativas al medio ambiente. En consecuencia, <u>ninguna Parte debería renunciar a aplicar o de cualquier otro modo derogar, u ofrecer renunciar o derogar, dichas medidas como medio para inducir el establecimiento, la adquisición, la expansión o conservación de la inversión de un inversionista en su territorio. Si una Parte estima que la otra Parte ha alentado una inversión de tal manera, podrá solicitar consultas con esa otra Parte y ambas consultarán con el fin de evitar incentivos de esa índole.</u></i>”</p>
--	--	--

<p>Panamá (en vigencia desde el 1-5-2012)</p>	<p>-Trato nacional (art. 12.2). - Trato de nación más favorecida (art. 12.3). - Trato justo y equitativo (art. 12.4).</p> <p>-Expropiación e Indemnización (art. 12.10) <i>"1. Ninguna de las Partes nacionalizará o expropiará una inversión cubierta, sea directa o indirectamente, mediante medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización ("expropiación"), salvo que sea:</i> <i>(a) por causa de utilidad pública; en el caso de Panamá; y</i> <i>(b) por causa de necesidad pública o seguridad nacional, en el caso del Perú,</i> <i>de conformidad con el debido proceso, de una manera no discriminatoria y mediante el pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva.</i> <i>(...)."</i></p> <p>-Vía arbitral para la solución de controversias en caso de incumplimiento de obligaciones relativas a inversión de una Parte y la pérdida o daño de la otra Parte por causa de dicho incumplimiento. Para ello, el inversionista contendiente debe consentir someterse al arbitraje. Puede ser arbitraje internacional que podrá ser ante el CIADI (arts. 12.16-12.18).</p>	<p>Requisitos de Desempeño (art. 12.6) <i>"(...)</i> <i>9. Siempre que dichas medidas no se apliquen de manera arbitraria o injustificada y a condición que esas medidas no constituyan una restricción encubierta al comercio o inversión internacional, nada de lo dispuesto en los subpárrafos 1(b) –sobre alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional -, 1(c) –comprar, utilizar u otorgar preferencia a las mercancías producidas en su territorio, o comprar mercancías de personas en su territorio – y 1 (f) - sobre transferir una tecnología particular, un proceso productivo u otro conocimiento de su propiedad a una persona en su territorio - y 5 (a) y (b), se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener medidas, incluidas las de naturaleza ambiental:</i> <i>(a) necesarias para asegurar el cumplimiento de leyes y regulaciones que no sean incompatibles con las disposiciones de este Tratado;</i> <i>(b) <u>necesarias para proteger la vida o salud humana, animal o vegetal;</u> o</i> <i>(c) relacionadas con la preservación de recursos naturales no renovables vivos o no. (...)."</i></p> <p>Medidas Medioambientales (art. 12.8) <i>"1. Las Partes reconocen que es inapropiado promover la inversión mediante el debilitamiento o reducción de las protecciones contempladas en su legislación ambiental nacional. (...) <u>cada Parte procurará asegurar que no dejará sin efecto o derogará, ni ofrecerá dejar sin efecto o derogar dicha legislación de manera que debilite o reduzca la protección otorgada por aquella legislación, como una forma de incentivar el establecimiento, adquisición, expansión o retención de una inversión en su territorio.</u></i> <i>2. Nada en este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida por lo demás compatible con este Capítulo, (...)."</i></p> <p>-Anexo 12.10 Expropiación</p>
--	---	--

		<p>“(...)</p> <p>(e). salvo en circunstancias excepcionales, como cuando una medida o serie de medidas son desproporcionadas a la luz de su objetivo de forma tal que no pueda considerarse de manera razonable que fueron adoptadas y aplicadas de buena fe, las acciones regulatorias no discriminatorias de una Parte que son diseñadas y aplicadas para proteger los objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, seguridad y medioambiente, no constituyen una expropiación indirecta.”</p>
<p>Singapur (en vigencia desde el 1-8-2009)</p>	<p>-Trato nacional (art. 10.2). - Trato de nación más favorecida (art. 10.4). - Trato justo y equitativo (art. 10.5). - Expropiación y Nacionalización (art. 10.10)</p> <p><i>“1. Ninguna parte nacionalizará, expropiará o sujetará a medidas que tengan efecto equivalente a la nacionalización o expropiación (en adelante referido como “expropiación”) las inversiones de los inversionistas de la otra Parte salvo que dicha medida sea adoptada sobre una base no discriminatoria, por un propósito público, de acuerdo con el debido proceso y mediante el pago de una compensación de acuerdo con este Artículo.</i></p> <p>(...).”</p> <p>-Vía arbitral para resolver controversias en caso de incumplimiento de obligaciones relativas a inversión de una Parte y la pérdida o daño de la otra Parte en virtud de ese incumplimiento. Puede ser arbitraje internacional que podrá ser ante el CIADI (arts. 10.17).</p> <p>-Anexo 10A referido a Expropiación Indirecta: Se precisan factores para</p>	<p>Requisitos de Desempeño (art. 10.7)</p> <p>“(...)</p> <p>3. (...)</p> <p>(c) Siempre que dichas medidas no se apliquen de manera arbitraria, discriminatoria o injustificada y a condición que esas medidas no constituyan una restricción encubierta al comercio o inversión internacional, nada de lo dispuesto en los párrafos 1 (b) -sobre alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional-, 1 (c) - sobre comprar, utilizar u otorgar preferencia a las mercancías producidas en su territorio, o comprar mercancías de personas en su territorio - y 1 (f) - transferir a una persona en su territorio una tecnología particular, un proceso productivo u otro conocimiento de su propiedad - y 2(a) y (b), se interpretará en el sentido de impedir a una Parte adoptar o mantener medidas, incluidas las de naturaleza ambiental:</p> <p>(i) necesarias para asegurar el cumplimiento de leyes y regulaciones que no sean incompatibles con las disposiciones de este Acuerdo;</p> <p>(ii) <u>necesarias para proteger la vida o salud humana, animal o vegetal;</u> o</p> <p>(iii) <u>relacionadas con la conservación de recursos naturales no renovables vivos o no.</u> (...).”</p>

	<p>considerar si un acto o una serie de actos de una Parte, constituye una expropiación indirecta. Se señala que, salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medio ambiente.</p>	<p>-Inversión y el Medio Ambiente (art. 10.8) <i>“Nada en este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte, mantenga o haga cumplir cualquier medida por lo demás compatible con este Capítulo, que considere apropiada para asegurar que las inversiones en su territorio se efectúen tomando en cuenta inquietudes en materia ambiental.”</i></p> <p>-Anexo 10 A: Expropiación “(…)” 4. <i>Salvo en circunstancias excepcionales, no constituyen expropiaciones indirectas los actos regulatorios no discriminatorios de una Parte que son diseñados y aplicados para proteger objetivos legítimos de bienestar público, tales como la salud pública, la seguridad y el medioambiente.”</i></p>
<p>Reino de Tailandia (en vigencia desde el 31-12-2011)</p>	<p>Se trata de un Acuerdo Económico con la finalidad de desarrollar disposiciones para facilitar el comercio y acelerar la liberalización del comercio de mercancías. No regula disposiciones sobre inversiones, señalando en su artículo 4 que lo relacionado a inversiones será interpretado conforme el Acuerdo de Protección y Promoción de Inversiones suscritos entre Perú y Tailandia. El Acuerdo contiene entre otras, las siguientes disposiciones:</p> <p>Artículo 8.- Excepciones Generales <i>“Este acuerdo no se opone a que cualquiera de las partes tome y adopte medidas para la protección de su seguridad nacional o de sus bienes con valor artístico, histórico o arqueológico, u otras medidas que estime necesarias para la protección de la moral pública o para proteger la vida y la salud humana, animal o vegetal, a condición de que tales medidas no sean aplicables de tal manera que puedan constituir medios de discriminación arbitraria o injustificada entre las Partes donde las mismas condiciones prevalezcan, o restricciones encubiertas al comercio en el Área de Libre Comercio entre Perú y Tailandia.”</i></p> <p>Anexo 7: Consultas y solución de controversias Se estipula que, para resolver controversias relacionadas con la interpretación de dicho acuerdo, ello se resolverá alternativamente ya sea mediante un Tribunal Arbitral cuyos integrantes y reglas del procedimiento están contenidas en el Acuerdo; o ya sea bajo las reglas de la OMC (art.1-13).</p>	

<p>Unión Europea: Acuerdo Comercial entre el Perú, Ecuador y Colombia, por una parte, y la Unión Europea y sus Estados miembros, por otra:</p> <p>Alemania Austria Bélgica Bulgaria Chipre Croacia Dinamarca Estonia España Eslovenia Eslovaquia Francia Finlandia Grecia Hungría</p>	<p>TITULO IV: COMERCIO DE SERVICIOS, ESTABLECIMIENTO Y COMERCIO ELECTRONICO -Trato nacional (arts. 113, 120)</p> <p>TITULO XII: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS</p> <p>-Artículo 299: Ámbito de aplicación "1. Salvo que expresamente se disponga lo contrario en este Acuerdo, las disposiciones de este Título se aplicarán a cualquier controversia relativa a la interpretación y aplicación de este Acuerdo, en particular cuando una Parte considere que una medida adoptada por otra Parte es o podría ser incompatible con las obligaciones de este Acuerdo. (...)." </p> <p>-Artículo 301: Consultas "1. Las Partes procurarán solucionar cualquier controversia respecto a cualquier asunto establecido en el artículo 299 iniciando consultas de buena fe con la finalidad de alcanzar una solución de mutuo acuerdo. (...) 4. Las partes en la controversia podrán acordar no iniciar consultas de conformidad con este artículo, y recurrir directamente al procedimiento del grupo arbitral, de conformidad con el artículo 302. Tal decisión será notificada por escrito al Comité de Comercio en un plazo no mayor a cinco días antes de la solicitud de establecimiento de un grupo arbitral. (...)." </p>	<p>PREÁMBULO:</p> <p>"(...) <i>REAFIRMANDO su compromiso con la Carta de Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos;</i> (...) <i>COMPROMETIDOS a aplicar este Acuerdo de forma coherente con el objetivo del desarrollo sostenible, incluyendo el fomento del progreso económico, el respeto de los derechos laborales y la protección del medio ambiente, de conformidad con los compromisos internacionales asumidos por las Partes;</i> (...)." </p> <p>TÍTULO I: DISPOSICIONES INICIALES CAPÍTULO 1 ELEMENTOS ESENCIALES Artículo 1: Principios generales <i>"El respeto de los principios democráticos y los derechos humanos fundamentales enunciados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como de los principios que sustentan el Estado de Derecho, inspira las políticas internas e internacionales de las Partes. El respeto de dichos principios constituye un elemento esencial del presente Acuerdo."</i></p> <p>TITULO IV: COMERCIO DE SERVICIOS, ESTABLECIMIENTO Y COMERCIO ELECTRÓNICO (...) Artículo 167: Excepciones Generales <i>"1. A condición de que dichas medidas no se apliquen de forma que constituya un medio de discriminación arbitraria o injustificable entre las Partes cuando</i></p>
---	---	--

<p>Holanda Irlanda Italia Letonia Lituania Luxemburgo Malta Polonia Portugal República Checa Rumania Suecia</p> <p>(en vigencia desde el 1-3-2013)</p>		<p><i>prevalezcan condiciones similares, o una restricción encubierta del establecimiento o el suministro transfronterizo de servicios, ninguna de las disposiciones de este Título y del Título V (Pagos corrientes y movimientos de capital) se interpretará en el sentido de impedir que una Parte adopte o aplique medidas:</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>(b) <u>necesarias para proteger la vida y salud humana, animal o vegetal, incluyendo las medidas en materia ambientales necesarias al efecto;</u></i></p> <p><i>(c) en relación con la conservación de los recursos naturales agotables, vivos o no vivos, si dichas medidas se aplican en forma conjunta con restricciones a los inversores locales o al suministro o consumo locales de servicios;</i></p> <p><i>(d) <u>necesarias para la protección de los tesoros nacionales de valor artístico, histórico o arqueológico;</u></i></p> <p><i>(e) necesarias para garantizar el cumplimiento de leyes o regulaciones que no son incompatibles con las disposiciones de este Título y el Título V (Pagos corrientes y movimientos de capital), incluidas aquellas relacionadas con:</i></p> <p><i>(...)</i></p> <p><i>(ii) la protección de la privacidad de las personas en relación con el procesamiento y divulgación de información personal y la protección de la confidencialidad de los registros y cuentas personales; y</i></p> <p><i>(iii) la seguridad.</i></p> <p><i>(...).”</i></p>
<p>Venezuela</p> <p>(en vigencia desde el 1-8-2013)</p>	<p>Se trata de un Acuerdo de naturaleza comercial que tiene por objeto el otorgamiento de preferencias arancelarias aplicables a las importaciones de productos entre las Partes. No regula disposiciones sobre inversiones. Contempla un capítulo sobre la solución de controversias en caso de discrepancias en la interpretación o aplicación del Acuerdo, la misma que se resolverá a través de un dictamen que adopte un Grupo de Expertos cuya conformación y reglas de procedimiento se regulan en dicho Acuerdo.</p>	

3.3.- ANÁLISIS DE LA RELACIÓN DESDE EL CONTENIDO DE LOS TRATADOS SOBRE PROTECCIÓN DE INVERSIONES SUSCRITOS POR EL PERÚ

La Constitución Política de 1993, salvo las excepciones allí establecidas, contiene disposiciones expresas que protegen los derechos fundamentales a la igualdad y la no discriminación, a la vez que protege la igualdad de la inversión nacional y extranjera (principio de “trato nacional” en el derecho internacional de las inversiones) e incluso, establece garantías a favor de la inversión como la estabilización del régimen legal contenido en los contratos y la jurisdicción arbitral para la solución de controversias; siendo que dichas garantías no tienen antecedentes en nuestra constitución histórica.

Así, dichos dispositivos son los contenidos en el artículo 2 numeral 2, que dispone el derecho de toda persona, entre otros: *“A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.”*; el artículo 62, que dispone dentro de los alcances de la libertad de contratar, que: *“(…) Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. (…)”* y a su vez estatuye que: *“(…) Mediante contratos – ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente.”*; y el artículo 63, que señala: *“La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. (…)”* y que: *“(…) El Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de la relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor. Pueden también someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma en que lo disponga la ley.”*

En cuanto a los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por el Perú y que se encuentran vigentes, según se puede apreciar de los cuadros adjuntos en el subcapítulo 3.1., de 27 tratados, sólo los firmados con Alemania, Bolivia, Colombia, Cuba, El Salvador, Japón y la Unión Económica Bélgica – Luxemburgo, contienen excepciones a las disposiciones del

tratado que permiten a los Estados cumplir con sus deberes de protección de derechos humanos.

Es destacable el caso de los acuerdos suscritos con Colombia, El Salvador y Japón, en los que existen cláusulas que hacen énfasis de que los Estados no están impedidos de adoptar medidas necesarias para proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal, así como preservar los recursos naturales no renovables, salvo que se apliquen de una manera discriminatoria o que impliquen limitación al comercio. También se estatuye que no es adecuado que se incentive, establezca o expanda la inversión, a través de la flexibilización de medidas sobre salud, seguridad o medioambiente. En el caso del Tratado Bilateral de Inversión con Japón, se agregan los estándares laborales dentro de las medidas sujetas a no flexibilización.

En el caso del Tratado Bilateral suscrito con Cuba, se dispone la posibilidad de impedir la transferencia de los pagos realizados respecto de la inversión, en caso de incumplimiento de obligaciones laborales. Asimismo, en el Tratado Bilateral de Inversión firmado con Alemania, en su Adenda al artículo 3-A, se considera como una excepción a la garantía del “trato no menos favorable”, el siguiente supuesto: “(...) *No se considerarán como “trato menos favorable” en el sentido del artículo 3, las medidas que se tomen por razones de seguridad y orden público, sanidad pública o moralidad. (...).*”; mientras que en el Tratado firmado con Bolivia, se ha establecido en su artículo 3 respecto del Tratamiento Nacional y la Cláusula de la Nación más Favorecida, que: “*Nada de lo acordado en el presente Convenio impedirá a una Parte Contratante reservar a sus nacionales ciertas actividades económicas de acuerdo con su Constitución Política. Asimismo, nada le impedirá adoptar las medidas exigidas por razones de seguridad nacional interna y externa, orden público o moral, siempre que no sean discriminatorias.*”

En el caso del Tratado suscrito con la Unión Económica Bélgica – Luxemburgo, se hace énfasis a la protección ambiental, reconociendo que las partes contratantes deben asegurar que su legislación proporcione altos estándares de protección ambiental. Asimismo, se menciona en el texto del acuerdo que es inapropiado alentar la inversión debilitando la

legislación interna en materia de protección ambiental. De otro lado, se enfatiza la protección de los derechos laborales al señalar que las partes contratantes deben asegurar la observancia de los derechos del trabajo reconocidos internacionalmente, reafirmando sus obligaciones como miembros de la OIT. De igual modo, se precisa que es inapropiado alentar la inversión debilitando la legislación laboral interna.

Los Tratados Bilaterales de Inversión suscritos con Argentina, Australia, Dinamarca, Ecuador, España, Finlandia, Francia, Italia, Malasia, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rumania, Suecia, Suiza, Tailandia y Venezuela, no contienen excepciones a las garantías concedidas a los inversionistas extranjeros.

En cuanto a los Tratados de Libre Comercio, en el capítulo sobre protección de inversiones, se aprecia que de los 18 tratados mencionados en el subcapítulo 3.2., los suscritos con Australia, Canadá, Chile, República Popular de China, Corea, EFTA, Estados Unidos de América, Honduras, México, Panamá, Singapur y la Unión Europea, contemplan excepciones que permiten a los Estados cumplir con sus deberes de protección de derechos humanos.

En primer lugar, debe resaltarse que, en el preámbulo de los tratados suscritos con Canadá, Corea del Sur, EFTA y la Unión Europea, se hace mención expresa al deber de las partes contratantes de proteger los derechos humanos, siendo que los Tratados suscritos con EFTA y con la Unión Europea enfatizan el compromiso con los postulados de la democracia, los derechos humanos y la Declaración Universal de Derechos Humanos, aunque en estos no se ha establecido un régimen de protección de inversiones.

De otro lado, los tratados suscritos con Australia, Canadá, Chile, República Popular de China y Estados Unidos de América, contienen en sus respectivos preámbulos, el compromiso de protección del medio ambiente.

En los tratados suscritos con Australia, Canadá, Chile, Corea, Estados Unidos de América, Honduras, México, Panamá y Singapur, se ha incorporado una cláusula por la que los

Estados no están impedidos de adoptar medidas necesarias para proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal, así como preservar los recursos naturales no renovables, salvo que se apliquen de una manera discriminatoria o impliquen limitaciones al comercio, además de que no es adecuado que se incentive, establezca o expanda la inversión a través de una flexibilización de medidas respecto de protección del medioambiente.

Asimismo, la cláusula por la que se precisa que la denominada expropiación indirecta no será considerada como tal en caso una parte adopte medidas para salvaguardar legítimos objetivos de interés público, tales como la salud, la seguridad y el medio ambiente y siempre que no se traten de medidas irrazonables, ha sido incluida en los tratados suscritos con Australia, Canadá, Chile, Estados Unidos, Panamá y Singapur.

Mención aparte son los casos del tratado suscrito con Canadá, en la que se incluye una cláusula sobre el deber de promover que las empresas incorporen en sus políticas la Responsabilidad Social Corporativa, específicamente en asuntos laborales, medio ambiente, derechos humanos y anticorrupción; y el suscrito con EFTA en la que se reafirma en su preámbulo el compromiso con el respeto de los derechos fundamentales de los trabajadores, incluyendo los contenidos en la Convenciones de la OIT.

En conclusión, los Acuerdos Internacionales de Protección de Inversiones suscritos por el Perú no contienen cláusulas estándar que establezcan la protección de los derechos humanos como excepción a las garantías concedidas a los inversionistas, siendo que hay algunos Tratados Bilaterales de Inversión que no contienen ninguna excepción. Más bien, con la suscripción de los Tratados de Libre Comercio es que se han establecido algunas disposiciones al respecto, aunque ello, como se ha advertido, se ha efectuado de un modo no uniforme.

Esta situación conllevaría a que, si en el respectivo tratado internacional de protección de inversiones suscrito por el Perú, no se ha contemplado algún supuesto excepcional de dictado de medidas estatales para proteger determinados derechos, es factible que el inversionista extranjero, si así lo considera, someta al Perú a un arbitraje internacional por

el dictado de alguna medida que el inversionista considera “arbitraria” o “expropiatoria”, aún cuando ésta tenga por finalidad la protección de algún derecho.

Tal como se ha visto precedentemente, la doctrina y legislación de protección de los derechos de los inversionistas extranjeros en los tratados sobre protección de inversiones extranjeras, apuntan a brindar garantías a dichos inversionistas en relación con el Estado receptor de la inversión, para facilitar la instalación y el flujo de inversiones en los países suscriptores del tratado, en el marco de una economía globalizada y el libre comercio. Es por ello que, si bien en dichos tratados no se establecen obligaciones de cargo de los inversionistas, si se han contemplado en algunos casos, “situaciones o supuestos de excepción” por los cuales los inversionistas no podrían cuestionar la actuación estatal.

En el caso de la legislación peruana, se advierte que a la par del hecho de que en los tratados suscritos por el Perú, no existe uniformidad para establecer excepciones a las garantías concedidas a los inversionistas extranjeros, las diversas leyes que se han dictado para ser considerado un país “atractivo a la inversión extranjera”, han otorgado una amplia gama de beneficios sobre simplificación administrativa, exoneración de impuestos, exoneración o reducción de multas, estabilización de la legislación, rol subsidiario del Estado, jurisdicción arbitral, entre otros, en favor de los inversionistas extranjeros; lo que claramente ha colocado a éstos en una “posición privilegiada” frente sus pares naciones y la sociedad en general.

Es por ello que, teniendo en cuenta que en los arbitrajes de inversión están involucrados asuntos de interés público y carecen de una jurisprudencia obligatoria, el Perú debería tener un estándar mínimo de disposiciones o cláusulas en este tipo de tratados, a manera de excepciones a las garantías que se otorgan a los inversionistas, que le permitan dejar sentado su deber de cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos al momento de negociar Acuerdos Internacionales de Protección de Inversiones, a manera de un “modelo BIT” como lo tienen Estados Unidos y Colombia, de modo tal que se encuentren balanceados tanto la protección de los inversionistas como los intereses públicos representados por el Estado.

Cabe indicar que mediante **Ley Nro. 28933**, Ley que establece el sistema de coordinación y respuesta del Estado en controversias internacionales de inversión, publicada el 16 de diciembre de 2006 y vigente a la fecha, se tuvo como fin optimizar la respuesta y coordinación del sector público frente a las controversias internacionales de inversión, centralizando la información de los acuerdos y tratados de inversión suscritos por el Perú. Según dicha norma, el Ministerio de Economía y Finanzas es el coordinador de dicho sistema y el encargado de la comisión especial que representará al Perú en estas controversias en su etapa previa y arbitral.

Así entonces, la precitada ley establece criterios obligatorios en cuanto a la redacción de cláusulas de solución de controversias en los acuerdos en materia de inversión, como es el período de negociación o trato directo previo al inicio del arbitraje, el uso de sistemas neutrales de solución de controversias, o el establecimiento de la responsabilidad de las partes por los gastos que se deriven de su intervención en el arbitraje o conciliación. De ahí que se podría dictar una ley de similar índole, para establecer cláusulas de excepciones a las disposiciones sobre protección de la inversión extranjera.

Es pertinente mencionar el caso de Colombia, cuyo modelo de Acuerdo Internacional de Inversiones del año 2017¹⁶⁴ contiene disposiciones como los supuestos de excepción de medidas no consideradas como expropiación indirecta, para proteger la salud pública, la seguridad y el medio ambiente, además de una cláusula de interpretación del Acuerdo (a manera de excepciones) por las que no se puede impedir a una parte adoptar o hacer cumplir medidas para proteger la vida, la salud humana, animal o vegetal, el medio ambiente o los recursos naturales. Así entonces, Colombia tiene un modelo de acuerdo de inversiones que permite salvaguardar las potestades regulatorias estatales para dictar medidas en favor de los derechos humanos sin que sea cuestionado por el inversionista, que a decir de Diana María Beltrán¹⁶⁵, permite una uniformidad y claridad en la interpretación del Acuerdo y “...se logra logra un equilibrio entre dar la bienvenida al inversionista y

¹⁶⁴ <https://www.mincit.gov.co/temas-interes/consulta-publica-bit-modelo-colombiano> (visitado el 20-11-2021)

¹⁶⁵ BELTRAN, Diana María, “Los Acuerdos Bilaterales de Inversión como herramienta para el Comercio Justo”. En: *Comercio Justo, Globalización y Medio Ambiente*, por Gonzalo Andrés Ramírez Cleves, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, Bogotá, Colombia, 2013, pag. 215.

evitar que existan abusos por el afán de que dichas inversiones se hagan efectivas en el país; es decir, se logra un balance mediante el cual el mercado se abre a los extranjeros pero imponiendo límites de carácter internacional para que la relación sea recíproca y equitativa.”

3.4.- PROPUESTA DE SOLUCIÓN DE PROBLEMA

Se debería promulgar una ley que establezca criterios mínimos que deben contener las cláusulas de los Acuerdos Internacionales de Promoción de Inversiones que suscriba el Perú, a fin de brindar protección a los derechos humanos y se justifique la aplicación de medidas que dicte el Estado a dicho respecto, a modo de excepciones a las disposiciones de protección de inversión que se otorgan a los inversionistas. Dichos criterios deben considerar que las medidas que adopte el Estado para proteger los derechos humanos deben ser bajo determinadas condiciones, como la defensa de intereses públicos, siguiendo un debido proceso y sin ningún tipo de discriminación.

El fin de la presente propuesta es que en estos acuerdos exista un balance entre las garantías otorgadas a los inversionistas y la protección de los derechos humanos, de modo tal que la viabilidad, legitimidad social y expansión de las actividades de los inversionistas sean compatibles y se concilien con los intereses del Estado, quien no se verá inhibido de formular las políticas que su poder soberano le faculta, más aún en el actual contexto en que el **Perú tiene una política de integración comercial y apertura de nuevos mercados internacionales y que a su vez ha generado preocupación de sectores de la población ante el temor de que dichos acuerdos perjudiquen los derechos humanos, como ha sucedido con la negociación del Acuerdo Transpacífico (TPP)** al que se acusa de ser lesivo al derecho a la salud pública por ampliar la duración de las patentes de los medicamentos, al punto que en el año 2016, diversas organizaciones civiles de Perú, Chile y México solicitaron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se pronuncie si dicho acuerdo vulneraba los derechos humanos de los países firmantes¹⁶⁶.

¹⁶⁶ “En diciembre la CIDH evaluará si TPP vulnera los derechos humanos”. En diario La República, Lima, edición del 18 de noviembre de 2016, página 14.

Cabe señalar que esta propuesta se sustenta en las obligaciones de carácter *erga omnes* y de raigambre constitucional a los que se encuentra vinculado el Perú, conforme su deber de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos, previsto en el artículo 44¹⁶⁷ de la Constitución Política de 1993; y la obligación de respetar los derechos y libertades y garantizar su libre y pleno ejercicio, conforme se estipula en el artículo 1¹⁶⁸ de la Convención Americana de Derechos Humanos, además del deber de adoptar disposiciones de derecho interno para que dichos derechos sean efectivos, según señala el artículo 2¹⁶⁹ de la referida Convención Americana.

Se debe tener en consideración que una protección eficaz de los derechos humanos y la adopción de acciones en defensa de los derechos de la población incumben en primer término a los Estados y no se debe esperar una actuación de la jurisdicción internacional. También se debe tener presente el deber de los Estados de cooperar en el ámbito internacional para el lograr el respeto universal de los derechos humanos, que se encuentra previsto en el artículo 55 de la Carta de las Naciones Unidas.

Como se señaló precedentemente, autores como Luke Ericson o Stephan Schill subrayaron la necesidad de incluir este tipo de propuesta en los acuerdos de inversión, para que se complemente con las obligaciones sobre protección de los derechos humanos a que se encuentra vinculado el Perú; mientras que para Antonio Cançado Trindade¹⁷⁰, debido a la diversificación de las violaciones de los derechos humanos, es necesario se conciban nuevas formas de protección del ser humano, teniendo en cuenta que el Estado es responsable también por omisión, por no tomar medidas positivas de protección.

¹⁶⁷ Artículo 44 de la Constitución de 1993.- “*Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación. (...)*.”

¹⁶⁸ Artículo 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.- “*1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. (...)*.”

¹⁶⁹ Artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.- “*Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.*”

¹⁷⁰ CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. Op. cit. pag. 413.

Es importante mencionar que el Tribunal Constitucional del Perú, en su sentencia dictada en el expediente Nro. 0048-2004-AI¹⁷¹, al analizar la validez constitucional de disposiciones de la Ley Nro. 28258, Ley de Regalía Minera, expresó respecto de la relación entre la promoción de la inversión y la protección de los derechos humanos, que: *“El crecimiento económico y el fomento de la inversión son bienes que merecen protección constitucional siempre que mantengan un equilibrio dinámico con la conservación de los recursos naturales, el medio ambiente y el desarrollo integral de la persona humana.”*; mientras que en la sentencia del expediente Nro. 0001-2012-PI/TC¹⁷², en el caso del proyecto minero Conga, el Tribunal Constitucional precisó algunos conceptos de lo que debe considerarse una “inversión privada deseada por la Constitución”, mencionando entre otros: *“...el deber de las empresas dedicadas a la extracción de recursos naturales de establecer mecanismos a fin de prevenir daños ambientales y conflictos sociales. Ello es parte de la responsabilidad social de empresa, lo que permitiría desarrollar su actividad empresarial en armonía con la comunidad. (...)”*

De otro lado, la propuesta legislativa se integraría con los criterios mínimos de observancia obligatoria en las cláusulas de solución de controversias de los acuerdos en materia de inversión, establecidos en la antes citada Ley Nro. 28933.

Estas cláusulas que de hecho se aprecian en los Tratados de Libre Comercio descritos en el subcapítulo 3.2 serían las siguientes:

○ **Excepciones a las garantías otorgadas a los inversionistas:**

No se impedirá a una parte adoptar medidas o mantener medidas, que tengan como fin:

- La protección de la vida o salud de los seres humanos, animales o vegetales.
- La protección del medio ambiente.
- La conservación de los recursos naturales vivos y no vivos no renovables.

¹⁷¹ Sentencia recaída en el Expediente N° 0048-2004-AI/TC, Fundamento Jurídico Nro. 99.

¹⁷² Sentencia recaída en el Expediente N° 0001-2012-PI/TC, Fundamento Jurídico Nro. 45.

Estas medidas deben adoptarse de modo que no constituyan discriminación arbitraria, no constituyan restricciones encubiertas al comercio o a la inversión, de acuerdo con los procedimientos legales establecidos y sustentados en los fines antes mencionados.

○ **Medidas sobre objetivos legítimos de interés público:**

Ninguna disposición del tratado puede interpretarse de modo que se flexibilicen, se omitan o se ofrezca flexibilizar u omitir las medidas destinadas a proteger la salud pública, el medioambiente, la seguridad pública, los derechos laborales, los bienes culturales y la protección y conservación de los recursos naturales.

○ **Promoción de responsabilidad social corporativa:**

Las partes fomentarán que las empresas que operen con arreglo a la legislación de su territorio incorporen en sus políticas internas, estándares de responsabilidad social corporativa que contribuyan al respeto de los derechos humanos.

○ **Excepciones a las medidas de expropiación indirecta**

Salvo circunstancias excepcionales, las medidas legislativas, administrativas o judiciales de un Estado parte dictadas con el fin de proteger objetivos de interés público, tales como la protección de la salud pública, el medio ambiente, la seguridad pública, los derechos laborales, la protección de los bienes culturales o la protección y conservación de los recursos naturales, en modo no discriminatorio y siguiendo el procedimiento legal correspondiente, no constituyen expropiación indirecta.

○ **Participación de personas naturales y/o jurídicas en los procedimientos de solución de controversias**

Se permite la participación de personas naturales y/o jurídicas o dependencias públicas en los procedimientos de solución de controversias (etapa de conciliación o etapa arbitral) en condición de “Amicus Curiae”, siempre que señalen la vinculación que tienen con la actividad de la empresa y/o el interés en el procedimiento. De este modo se garantiza la transparencia del procedimiento y la participación de quien se haya visto afectado con las actividades del inversionista, por tratarse de asuntos de interés público.

Finalmente, estas cláusulas pueden ser incluidas en los Acuerdos Internacionales sobre Protección de Inversiones que están vigentes, a través de una negociación con los Estados partes, de modo tal que todos los acuerdos sobre esta materia que haya suscrito el Perú, tengan cláusulas similares y así evitar que algún Estado parte se sustraiga de las mismas a través de la invocación de los términos más favorables contenidos en otro Acuerdo en virtud de garantía de la “Nación más favorecida”.

CAPÍTULO 4

CONSECUENCIAS Y BENEFICIOS DE LA PROPUESTA

-El Perú podrá tener herramientas en los mismos Acuerdos Internacionales de Promoción de Inversiones que le permitan adoptar medidas en favor de la protección de los derechos humanos, de modo tal que no se vea disuadido de incumplir con dichas obligaciones bajo la amenaza de afrontar un arbitraje internacional. Así, se reducirán los riesgos de que los inversionistas demanden al Estado y obtengan indemnizaciones, cuando se corrobore que la actividad regulatoria del Estado estuvo justificada en la protección de los derechos humanos cuya violación afecta intereses comunes, tales como salud, medio ambiente, seguridad pública, entre otros.

-El inversionista extranjero, en el desarrollo de su actividad, tendrá en cuenta los compromisos del Estado Peruano en materia de derechos humanos, pues los derechos e intereses de la sociedad no pueden verse afectados ni sacrificados para “atraer inversiones al país”, de modo tal que orientará su conducta hacia un mayor respeto de los derechos humanos, sobre todo si cumple con adoptar políticas de responsabilidad social corporativa. Debe tenerse en cuenta que la promoción de la inversión extranjera no es un fin sino un medio para lograr el bienestar de la sociedad y el desarrollo humano.

-El Estado podrá cumplir con sus obligaciones establecidas en los Tratados de Derechos Humanos, sin alegar obstáculos vinculados con compromisos asumidos en los Acuerdos Internacionales de Promoción de Inversiones.

-En la medida que los Acuerdos Internacionales de Promoción de Inversiones contengan cláusulas que aludan a la protección de derechos humanos, el arbitraje Inversionista – Estado dispondrá de fuentes normativas para considerar y analizar los argumentos de defensa basados en los derechos humanos que alegue el Estado.

CONCLUSIONES

Primera: La Constitución Histórica del Perú reconoce a las personas extranjeras los mismos derechos que las personas nacidas en el Perú, tales como el derecho a la propiedad o el derecho a ejercer un oficio u profesión en forma libre, y se establece la prohibición de discriminación por razones de nacionalidad. No obstante, estos derechos tienen ciertas limitaciones por razones de interés público. Con la Constitución Política de 1993, se establece la igualdad de derechos entre el inversionista nacional y el inversionista extranjero, salvo excepciones; la libre iniciativa privada, el pluralismo económico y el rol subsidiario del Estado, además de permitir la participación del Estado en el arbitraje internacional.

Segunda: En la legislación nacional sobre promoción de la inversión extranjera se ha regulado la participación del inversionista en diversas actividades económicas del país, en la que se concede beneficios tributarios, zonas territoriales con exenciones tributarias (tales como zonas especiales de desarrollo, la Amazonía, o algunas zonas de la Sierra), congelamiento de la normatividad y estabilización de la normativa tributaria, libertad de transferencia de capitales, amnistía en imposición de multas por infracciones a la normativa medioambiental, nuevas formas de otorgamiento de concesiones mediante mecanismos de asociación con el sector público en cuya adjudicación las opiniones de la Contraloría General de la República y los Organismos Reguladores no son vinculantes, entre otros. Es decir, se ha creado un marco legal propicio para incentivar y captar la inversión extranjera, incluyendo la rebaja de los estándares de protección de los derechos humanos; todo con el objeto de ser “más competitivos”.

Tercera: En los Acuerdos Internacionales de Promoción de Inversiones suscritos por el Perú, no se advierten obligaciones de cargo de los inversionistas extranjeros sobre promoción o protección de los derechos humanos; por lo que, en virtud de dichos acuerdos, no les es exigible a los inversionistas cumplir con estándares de

protección de derechos humanos. Lo que si se ha plasmado en algunos de estos acuerdos, sobre todo en los Tratados de Libre Comercio, son algunas excepciones a las garantías otorgadas a los inversionistas por motivos de protección de asuntos de interés público, como la protección de la salud, el medio ambiente o la seguridad pública, aunque ello de modo no uniforme pues varían de un tratado a otro. Así, en caso no existan estas excepciones, los derechos de los inversionistas extranjeros serán factibles de ser preferidos por sobre los derechos de terceros que eventualmente puedan verse afectados por las actividades de aquellos, además de que los Estados se verán disuadidos de no ejercer su poder soberano de regulación para evitar afrontar las consecuencias de un arbitraje internacional.

Cuarta: El Perú no cuenta con estándares o criterios mínimos obligatorios que deban ser incluidos en las cláusulas de los Acuerdos Internacionales de Promoción de Inversiones, a modo de excepciones a las garantías que se otorgan a los inversionistas extranjeros, a fin de proteger los derechos humanos o que disponga la participación de terceros con interés en el proceso de solución de controversias.

Quinta: El mecanismo de protección de un inversionista extranjero en los Acuerdos Internacionales de Protección de Inversiones es mas idóneo y expeditivo que el mecanismo que tienen las personas naturales en la Convención Americana de Derechos Humanos, pues mientras en el primero se tiene la posibilidad de acceso directo al arbitraje internacional, en el segundo se debe agotar previamente la jurisdicción interna para acceder al sistema de denuncia individual y luego eventualmente, acceder a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; siendo que incluso en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales en donde, salvo los casos específicos de afectación de derechos de sindicalización y de educación, las personas ni siquiera pueden plantear denuncias individuales.

Sexta: La doctrina y las decisiones del Arbitraje Inversionista – Estado permiten distinguir dos corrientes o posiciones sobre los efectos del poder regulatorio del Estado en la inversión extranjera, a efectos de evaluar si se produce una expropiación indirecta: “Sole Effects doctrine” o doctrina del Efecto Único, según la cual se deben proteger los derechos y bienes de los extranjeros frente a su privación debido a propósitos políticos de los Estados, no obstante los alcances o consideraciones de estos propósitos, por lo que justifica el pago de una compensación ante un hecho considerado perjudicial al inversionista; y “Police Power” enfocado en la potestad regulatoria del Estado y su función y propósito como factores decisivos, por ser el ejercicio del poder estatal de impedir un actividad dañosa a la sociedad en su conjunto, no correspondiendo el pago de alguna compensación por dicho ejercicio. Optar por uno u otro criterio está librado a la apreciación del tribunal arbitral, más aún si no existen cláusulas sobre protección de derechos humanos o excepciones relacionadas con dicha materia en los Acuerdos Internacionales de Promoción de Inversiones.

Sétima: El Arbitraje Inversionista – Estado, en el ámbito internacional, se ha venido consolidando como un mecanismo al que acude el inversionista extranjero para resolver la controversia que tiene con el Estado receptor de la inversión, siendo dicho arbitraje una de las principales garantías de protección al inversionista en virtud de los Acuerdos Internacionales de Inversión. Además, el CIADI (Centro Internacional para el Arreglo de Disputas sobre Inversiones) con sede en Washington, Estados Unidos de América, es la institución más importante en arbitraje internacional y los laudos que bajo su seno se dictan constituyen fuente de consulta para resolver las controversias sobre dicha materia, pese a que las decisiones arbitrales no son jurisprudencia obligatoria y se adoptan a través de árbitros ad- hoc.

Octava: La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su sentencia dictada en el caso *Sawhoyamaya vs. Paraguay* (2006) señaló que los Acuerdos Internacionales de Protección de Inversiones deben ser conformes con el régimen de protección de

los Tratados de Derechos Humanos, sugiriendo así su mayor jerarquía, dada la especificidad propia de estos tratados que generan derechos a favor de los individuos y no dependen de la reciprocidad de los Estados. De este modo, para el sistema interamericano de protección de derechos humanos, no sólo las disposiciones de orden interno no pueden ser invocadas para dejar de cumplir las obligaciones contenidas en los Tratados de Derechos Humanos, sino tampoco las disposiciones basadas en otros tratados, como es el caso de los Acuerdos Internacionales de Promoción de Inversiones; por lo que se puede establecer la responsabilidad internacional del Estado si por acción u omisión, favorece las inversiones extranjeras en detrimento del goce efectivo de los derechos humanos.

Novena: Es recomendable que el Perú cuente con unos estándares mínimos obligatorios que se incluyan en las cláusulas de los Acuerdos Internacionales de Protección de Inversiones, respecto de excepciones a las garantías que se otorgan a los inversionistas extranjeros, con el fin de proteger los derechos humanos. Dichas cláusulas permitirán que el Perú dicte políticas públicas sin que sea pasible de demandas en el marco de dichos acuerdos. Países como Colombia y Estados Unidos tienen modelos “BIT” que les permiten hacer un balance entre los intereses del inversionista y los deberes del Estado.

RECOMENDACIONES

-Se debería contar con unos estándares mínimos a ser considerados en las cláusulas de los Acuerdos Internacionales de Promoción de Inversiones que negocie y suscriba el Perú, en lo que respecta a las excepciones a las garantías que se otorgan a los inversionistas, que permitan al Estado adoptar medidas para promover y proteger los derechos humanos, promover la responsabilidad social corporativa y facilitar la participación de terceros a manera de “amicus curiae” en los procedimientos de solución de controversias.

-Estos estándares se deberían plasmar en una ley dictada por el Congreso de la República, la misma que se podría integrar con los estándares sobre cláusulas o disposiciones para la solución de controversias de los acuerdos en materia de inversión, dispuestos en la Ley Nro. 28933, Ley que establece el sistema de coordinación y respuesta del Estado en controversias internacionales de inversión.

BIBLIOGRAFÍA

ALVIK, Ivar. *Contracting with Sovereignty, State Contracts and International Arbitration*. Publicado por Hartpublishing Ltd., Oxford, Gran Bretaña, 2011.

BAETENS, Freya. "Discrimination on the Basis of Nationality: Determining Likeness in Human Rights and Investment Law". En: *International Investment Law and Comparative Public Law*. Editado por Stephan W. Schill. Publicado por Oxford University Press, New York – Estados Unidos de America, 2010, páginas 279-316.

BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. "El Tribunal Constitucional y la protección de las libertades económicas: pronunciamientos sobre la inversión extranjera y la importación de bienes". En: *Constitución Económica del Perú (Foro Económico Asia – Pacífico APEC)*, Cesar Landa (Coordinador), Palestra Editores S.A.C., Lima, Perú, 2008, páginas 115-129.

BELTRAN, Diana María, "Los Acuerdos Bilaterales de Inversión como herramienta para el Comercio Justo". En: *Comercio Justo, Globalización y Medio Ambiente*, por Gonzalo Andrés Ramírez Cleves, Universidad Externado de Colombia, Primera Edición, Bogotá, Colombia, 2013, páginas 201-220.

BJORKLUND, Andrea K. "National Treatment". En: *Standards of Investment Protection*. Editado por: August Reinisch, Oxford University Press; Oxford, Gran Bretaña, 2008.

BOHOSLAVSKY, Juan Pablo y JUSTO, Juan Bautista: "Control de Convencionalidad de los Arbitrajes de Inversión". Disponible en: <http://alumnosmdag.blogspot.pe/2011/10/control-de-convencionalidad-de-los.html>

BORELLI, Silvia y OLLESON, Simon. "Obligations relating to Human Rights and Humanitarian Law". En: *The Law of International Responsibility*, Editado por: James Crawford, Allain Pellet y Simon Olleson. Publicado por Oxford University Press, Primera Publicación, Oxford, Reino Unido, 2010, páginas 1177-1196.

CAIRO ROLDAN, Omar. *Justicia Constitucional y Proceso de Amparo*. Palestra, Lima, Perú, 2004.

CANÇADO TRINDADE, Antonio Augusto. *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos del siglo XXI*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2001.

CANTUARIAS SALAVERRY, Fernando y KUNDMULLER CAMINITI, Franz. "El Arbitraje Inversionista – Estado entre los Estados de la Unión Europea y el Perú". En *Acuerdo Comercial entre Perú – Colombia y la Unión Europea: contenido, análisis y aplicación*. Editores Fernando Cantuarias Salaverry y Pierino Stucchi Lopez, Universidad del Pacifico, Primera Edición, Lima, Perú, 2013, páginas 463-509.

CARRARO, Italo y BONIFAZ, Gonzalo. *La Protección de Inversiones del Tratado de Libre Comercio Perú – Estados Unidos. Principales Garantías para el Inversionista*. ARA Editores EIRL, Primera Edición, Lima, Perú, 2011.

DOLZER, Rudolf y STEVENS Margret. *Bilateral Investment Treaties*. Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, Países Bajos, 1995.

DUPUY ORTIZ DE ZEVALLOS, Jaime. “Los Acuerdos Internacionales en materia de inversiones”. En: *Ius Inter Gentes– Revista de Derecho Internacional*, Nro. 5, setiembre 2008, Año 5, páginas 48-58.

FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Libertad, Constitución y Derechos Humanos*. Editorial San Marcos, Primera Edición, Lima, Perú, 2003.

GARCÍA CALDERON MOREYRA, Gonzalo. *El Arbitraje Internacional en la Sección Segunda de la Ley N° 26572*, CECOSAMI S.A., Lima, 2004.

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. “El Constitucionalismo Peruano en la presente centuria”. En: *Derecho PUCP* Nro. 43 – 44, año 1990, páginas 59-101. En: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6110/6118>.

GARCÍA TOMA, Víctor. *Los Derechos Humanos y la Constitución*. Editorial Grafica Horizonte, Lima, Perú, 2001.

GONZALES GARCÍA, Luis. “The Role of Human Rights in International Investment Law”. En: *The Future of ICSID and The Place of Investment Treaties in International Law*. Editado por Jansen Calamita, David Earnest y Markus Burgstaller, British Institute Of International and Comparative Law, Londres, Reino Unido, 2013.

GROS ESSPIELL, Héctor. *Derechos Humanos*. Instituto Peruano de Derechos Humanos, Editorial Cultural Cusco S.A., Lima, Perú, 1991.

HOFFMANN, Anne K. “Indirect Expropriation”. En: *Standards of Investment Protection*, Editado por August Reinisch, Oxford University Press, Oxford, Gran Bretaña, 2008, páginas 151-204.

KINGSBURY, Benedict y SCHILL, Stephan W. “Public Law concepts to balance investors’ rights with state regulatory actions in the public interest – The concept of proportionality”. En: *International Investment Law and Comparative Public Law*, Editado por Stephan W. Schill, publicado por Oxford University Press, New York – Estados Unidos de America, 2010, páginas 75-104.

KRESALJA Baldo y OCHOA Cesar. *Derecho Constitucional Económico*. Fondo Editorial PUCP, Primera Edición, Lima, Perú, 2009.

KRIEBAUM, Ursula. “Privatizing Human Rights – the interface between International Investment Protection and Human Rights”. En: *Transnational Dispute Management - TDM 5* (2006). Disponible en: www.transnational-dispute-management.com

KRIEBAUM, Ursula. “Foreign Investment and Human Rights: The Actors and Their Different Roles”. En: *The Future of ICSID and The Place of Investment Treaties in International Law*. Editado por Jansen Calamita, David Earnest y Markus Burgstaller, British Institute Of International and Comparative Law, Londres, Reino Unido, 2013, páginas 45-59.

KUNDMULLER, Franz. “Apuntes sobre el derecho internacional de las inversiones y el interés público”. En: *Revista de Derecho Administrativo* Nro. 7, Año 4 – Circulo de Derecho Administrativo – Mayo 2009, Lima, Perú, páginas 285-296.

KUNDMULLER, Franz y RUBIO, Roger. “El arbitraje del CIADI y el Derecho Internacional de las Inversiones: un nuevo horizonte”, en *Lima Arbitration Nro. 1*, año 2006. En: www.limaarbitration.net/LAR5/Franz_Kundmuller

LINARES JARA, Mario. *El Sistema Internacional de Protección de la Inversión Extranjera y los Contratos Públicos*. Grijley Editores, Lima, Perú, 2006.

MANN, Howard, “International Investment Agreements, Business and Human Rights: Key Issues and opportunities”. En: *International Institute for Sustainable Development*, february-2008. En: www.iisd.org

MEJIA RIVERA, Joaquín Armando. “Tratados de Libre Comercio (TLC) y Derechos Humanos: Un Desafío para el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. En: *Revista Cejil*, Año 4, Nro. 5, año 2009. Disponible en el enlace “Catálogo en Línea”, de la sección “Biblioteca” de la página web de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: www.corteidh.or.cr

MINISTERIO DE JUSTICIA. *Compendio de Derechos Humanos: Tratados Internacionales de los que el Perú es Parte*. MINJUS, Primera Edición Oficial, Lima, Perú, 2012.

NIKKEN, Pedro. “Balancing of Human Rights and Investment Law in the Inter – American System of Human Rights”. En: *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*. Editado por P.M. Dupuy, F. Francioni y E.U. Petersmann, Oxford University Press, Oxford, Reino Unido, 2009, páginas 246-271.

NOVAK, Fabian y SALMON, Elizabeth. *Las Obligaciones Internacionales del Perú en Materia de Derechos Humanos*. Fondo Editorial PUCP, 2da. Edición, Lima, 2002.

O’DONNELL, Daniel. *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. Comisión Andina de Juristas, Primera Edición, Lima, Perú, 1988.

PECES-BARBA MARTINEZ, Gregorio. *Lecciones de Derechos Fundamentales*. Editorial DYKINSON S.L., Madrid, España, 2004.

PEREZ LUÑO, Antonio. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Editorial Tecnos, 10ma Edición, Madrid, España, 2010

PETERSON, Luke Eric. “International Human Rights in Bilateral Investment Treaties and in Investment Treaty Arbitration”. En: *International Institute for Sustainable Development (IISD) for the Swiss Department of Foreign Affairs*, April 2003. En: www.iisd.org/pdf/2003/investment_int_human_rights_bits.pdf

PINTO, Mónica. *Temas de Derechos Humanos*, Editores del Puerto S.R.L, Tercera Reimpresión, Lima, Perú, 2004.

POLANCO LAZO, Rodrigo. “Transparencia y derechos de terceros en arbitrajes internacionales sobre inversión extranjera”. En: *Revista de Derecho Económico*, Santiago, Chile, 2010.

REINER, Clara y SCHREUER, Christoph. “Human Rights and International Investment Arbitration”. En: *Human Rights in International Investment Law and Arbitration*. Editado por P.M. Dupuy, F. Francioni y E.U. Petersmann. Oxford University Press, Oxford, Reino Unido, 2009, páginas 82-96.

RUIZ-ELDEGRE, Alberto. “La Constitución Comentada 1979”. Editorial Atlántida, Lima, Peru, 1980.

SALACUSE, Jeswald W. *The Law of Investment Treaties*. Oxford University Press. Primera Edición, New York, Estados Unidos de América, 2010.

SHAW, Malcolm N. *International Law*: Cambridge University Press, Sexta Edición, Cambridge, Reino Unido, 2008.

SORNARAJAH, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge University, Tercera Edición, Cambridge, Reino Unido, 2010.

TIETELBAUM, Alejandro. *Al Margen de la Ley: Sociedades Transnacionales y Derechos Humanos*. Publicaciones Ilsa, Bogotá, Colombia, 2007.

TORRES ZUÑIGA, Natalia. *El Control de Convencionalidad: Deber complementario del Juez Constitucional Peruano y el Juez Interamericano (similitudes, diferencias y convergencias)*, Editorial Académica Española, Saarbrücken, Deutschland, 2013.

TOVAR, María del Carmen. “Protección y Promoción de Inversiones”. En: *Acuerdo Comercial entre Perú – Colombia y la Unión Europea: contenido, análisis y aplicación*. Editores Fernando Cantuarias Salaverry y Pierino Stucchi Lopez Raygada, Universidad del Pacifico, Primera Edición, Lima, Perú, 2013, páginas 347-391.

UGARTE DEL PINO, Juan Vicente. *Historia de las Constitucionales del Perú*. Editorial Andina, Lima, Perú, 1978.

ULLOA, Manuel. “Problemas y perspectivas el capital extranjero en el Perú”. En: *El Perú frente al capital extranjero: deuda e inversión*”, editado por Eduardo Ferrero Costa, Primera Edición, Lima, Perú, 1985.

VANDEVELDE, Kenneth J. “A Brief History of International Investment Agreement”. En: *University of California Davis Journal International Law and Policy*, Vol. 12: 157, año 2005 (páginas 157-194).

VAN HARTEN, Gus. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Oxford University Press. Oxford, Gran Bretaña, 2008.

VILLAN DURAN, Carlos. *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Editorial Trotta, Madrid, España, 2002

ZIEGLER, Andreas. “Most – Favored – Nation (MFN) Treatment”. En: *Standards of Investment Protection*, Editado por August Reinisch, Oxford University Press, Oxford, Gran Bretaña, 2008, páginas 59-86.